الجزء الأول



المجموعة الكاملة لأعمال الشيخ صالح الحصين

-رحمه الله-

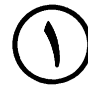


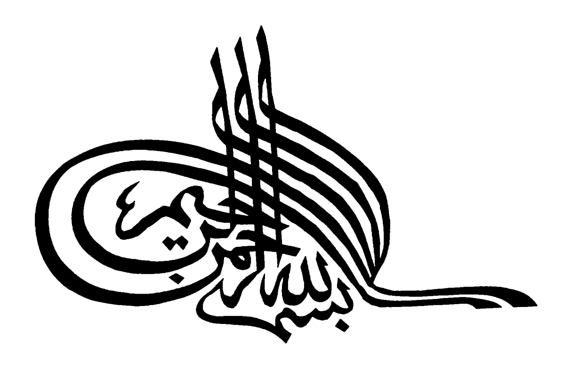
تحرير: اللجنة العلمية بمركز تكوين
تقديم : عبد الله بن صالح الحصين

المجموعة الكاملة لأعمال الشيخ

صالح بن عبد الرحمن الحصين

رَحِمَهُ ٱللَّهُ




بسم الله الرحمن الرحيم

المجموعة الكاملة لأعمال الشيخ

صالح بن عبد الرحمن الحصين

رَحِمَهُ ٱللَّهُ

المجلد الأول



المجموعة الكاملة لأعمال الشيخ

صالح بن عبد الرحمن الحصين

المجلد الأول

الطبعة الأولىٰ

١٤٤٤هـ/٢٠٢٢م

«الآراء التي يتضمنها هذا الكتاب
لا تعبر بالضرورة عن نظر المركز»



Business Center 2 Queen
Caroline Street, Hammersmith
London W6 9Dx, UK

www.Takween-center.com
info@Takween-center.com

الموزع المعتمد

+966555744843
المملكة العربية السعودية - الدامام

+201007575511
مصر - القاهرة

مؤسسة دراسات تكوين
للنشر والتوزيع
س ٠ ت : ٢٠٥٠١١٧١٢٠
جوال : ٠٥٥٥٧٤٤٨٤٣





المُحتَويَاتْ

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، في البدء هناك حرج شديد بالنسبة لي من تقديم فكر ونتاج عَلَم من الأعلام لا يرتقي كاتب المقدمة إلى الوصول لأعلى من كعب قدم هذا العَلم، فضلاً عن حرج كتابة الابن عن أبيه ومكابدة التحرر من العاطفة، كذلك الحرج في تقديم جهدٍ لم أمارس فيه شيئًا يذكر في الجمع لهذا التراث الفكري لا في مبتدأه ولا فيما وصل إليه في هذه النسخة.

هذه المقدمة سأتجاوز فيها الحديث عن الشخص إلى النظر في النتاج العلمي والفكري، وذلك التزامًا بما كان يتبناه الوالد رَحِمَهُ ٱللَّهُ من منهج وهو تحييد شخص الكاتب وترك النص حرًا أمام القارئ، والتزاماً بما كان يؤمن به ويمارسه رَحِمَهُ ٱللَّهُ من مبدأ الانتباه له وهو التواضع الفكري وكراهية بروز الشخص على ظهر النص أو الفكرة أو حتى الظهور معهما.

وإنه مما يميز الإنتاج الفكري والعلمي للوالد رَحِمَهُ ٱللَّهُ **دافع هذا النتاج** وهو الإخلاص في النصيحة للأمة بكل فئاتها والغيرة على الحق بلا جور أو تعصب والتنبيه لمواطن «المغفول عنه» موضوعًا أو معالجة، **وكذلك مقصده** في تحرير العقول من الرق الثقافي للآخر وتعزيز الثقة بالذات، **ومنطلقه** النابع من الوثوق الكامل بثقافته الأصيلة والإدراك الواعي لجذور الخلل في الثقافات المغايرة الأخرى في مقابل المعطيات الإيجابية فيها، **ومرجعيته التي يحتكم إليها** وهي

المصادر الصحيحة المعتبرة شرعًا وعقلاً وفق توازن دقيق لتعاضدهما، **ومحتواه** الذي يتسم بالجدة في زوايا النظر للقضايا، متحررًا من أسر السائد أو أي سلطة سوى بيان الحق وفق الحاجة الموضوعية والزمانية، وكذلك مما يميز نتاجه ﵀ **معالجته** ذات النظرة الموضوعية والتأصيلية الموثقة للقضايا المطروحة وفق معياري (العلم والعدل)، **وأسلوبه ومقاربته النصية** التي اتسمت بأنها مما تفيد المختص ولا تعوق فهم غير المختص، **واتقانه** كذلك حيث كان الحرص الشديد على المراجعة والتدقيق للفكرة وطريقة طرحها ولغة كتابتها، والتحقق من صوابها وملاءمتها للعقول والحال.

ويمكن تصنيف النتاج المعرفي للوالد ﵀ إلى أربعة أصناف وفق معياري (معرفة وجوده، وإمكانية الوصول إليه)، فهناك نتاج معرفي مجهول وغير متاح، ونتاج معرفي معلوم ولكنه غير متاح، وهناك نتاج متاح ولا يمتنع التعرف عليه، ولكن يحتاج للحصول على جهد باحثين جادين، وهناك نتاج متاح وأمكن الوصول إليه وهو هذا المجموع هنا.

ومما يميز هذا العمل في هذا الجمع مع أخذ الاعتبار أنه ليس بالجمع الأول، هو أنه ضم رسالة الماجستير وهي تطبع هنا لأول مرة، خلاف طباعة نسخ المناقشة للرسالة، وكما أن العمل على هذا الجمع أنشأه وتابع تنفيذه محبو الشيخ ﵀ ولذا حرصوا على الاستقصاء والاتقان، وكذلك أنه تم تحت إشراف وترخيص جهات رسمية محلية.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

✍ عبد الله بن صالح الحصين

مُقَدِّمَة

الحمد لله، والصلاة والسلام علىٰ رسول الله، وعلىٰ آله وصحبه ومن والاه، أما بعد:

فكثيرًا ما تمثل القراءات المتمحورة حول فكر شخص ما ذي عطاء معرفي وثقافي بارز مشكلةً في قدرتها علىٰ ولادة الأفكار من رحم هذه القراءة؛ إذ غالبًا ما تكون هذه القراءات تكرارًا وتجميعًا وتنسيقًا لأفكار الشخص أو الرمز المتناول، بينما تبقىٰ أفكاره المركزية الملهمة والدافعة لإنتاج هذه القراءات قابعة في سطور هذه «التجميعات» المعلوماتية من دون توليد وتفعيل عملية وتطبيقية هذه الأفكار، ومن دون استنطاق مشغلات العمل علىٰ إنتاج الأفكار لا مجرد نشرها وترويجها.

لقد برزت أهمية ملحة للنظر في هذه الإشكالية بصورة عملية؛ مما دفع مركز تكوين للدراسات والأبحاث إلىٰ إنجاز خطوة عملية في هذا الطريق، وعبر نموذج فريد ومهم في الحالة الإسلامية المعاصرة؛ وهو **الشيخ صالح بن عبد الرحمن الحصين** رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

تعتبر سيرة الشيخ صالح الحصين وما سطَّره من بحوث وكتابات أرضيةً خصبة لإنتاج واستخلاص الأفكار والمشاريع، ولأن سيرته وكتاباته ومنهجه الفكري تمثل نوعًا متميزًا للمفكر العميق الممزوج بفلسفة النظر والفقه الإسلامي الواعي؛ فإن تناول فكر الشيخ وخصائص اختياراته وفلسفة أفكاره يُعَد من الأمور المهمة في ظل حالة التردي الفكري في سياقنا العربي والإسلامي.

مثَّل إنتاج الشيخ صالح الحصين مسيرة علمية وعملية ملهمة ومرجعية، وكانت بمثابة باعث علىٰ الاستمداد منها والارتكاز عليها في شتىٰ مجالات الإصلاح التنموي والوعي الثقافي، فضلًا عن كونه شخصية إدارية وقيادية فريدة وزاهدة ومتواضعة، جمعت عدة سمات يندر توفر مثلها في هذا الجيل المعاصر.

بداية الأعمال الكاملة

للشيخ صالح بن عبد الرحمن الحصين

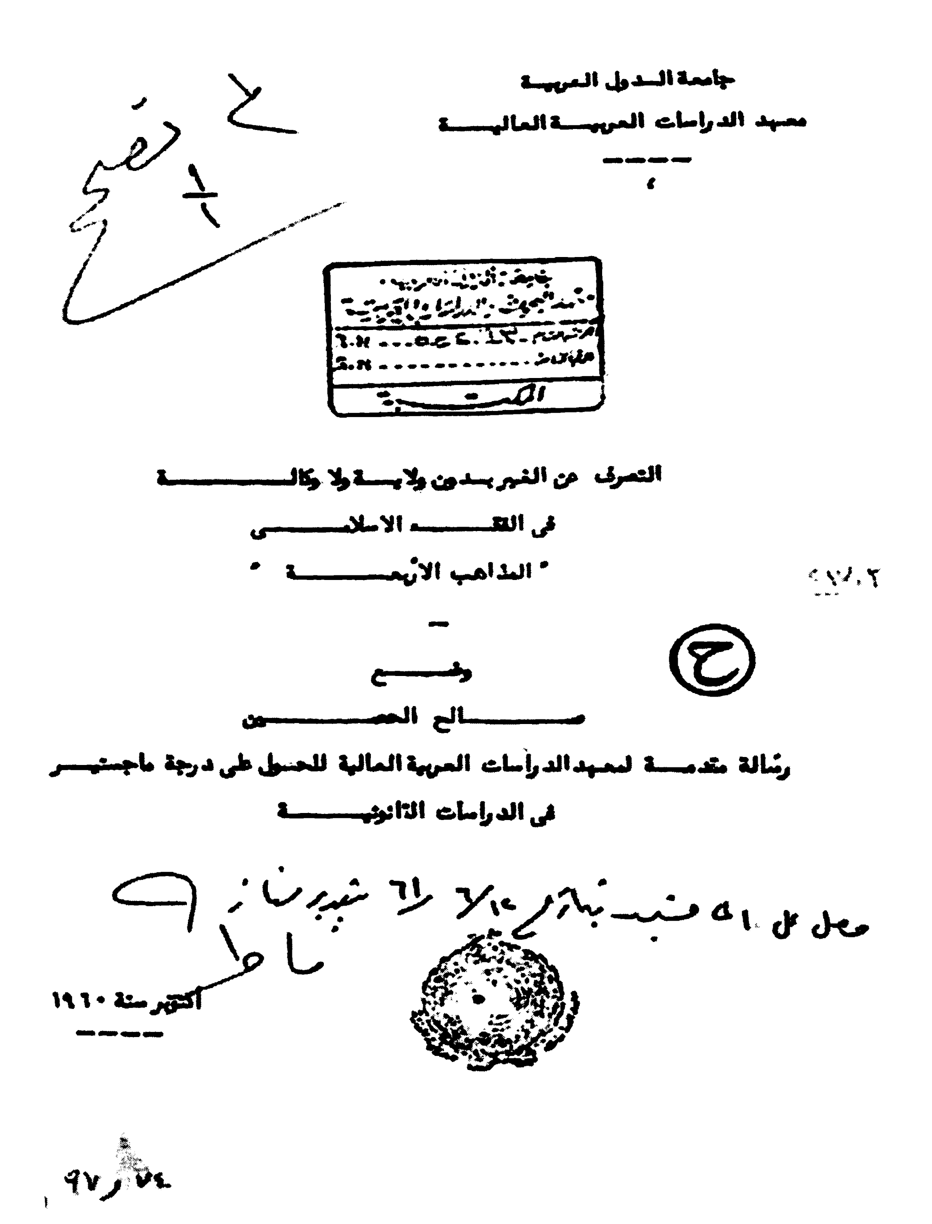
رَحِمَهُ ٱللَّهُ

التصرف عن الغير بدون ولاية ولا وكالة في الفقه الإسلامي

تـأليـف

الشيخ صالح بن عبد الرحمن الحصين

رَحِمَهُ ٱللَّهُ



جامعة الدول العربية

معهد الدراسات العربية العالية

المكتبة

التصرف عن الغير بدون ولاية ولا وكالة

في الفقه الاسلامي

" المذاهب الأربعة "

وضع

صالح الحصين

رسالة مقدمة لمعهد الدراسات العربية العالية للحصول على درجة ماجستير

في الدراسات القانونية

أكتوبر سنة ١٩٦٠

صورة ضوئية للغلاف

جامعة الدول العربية
معهد الدراسات العربية العالية

التصرف عن الغير بدون ولاية
ولا وكالة في الفقه الإسلامي

«المذاهب الأربعة»

وضـع
صالح الحصين

رسالة مقدَّمة لمعهد الدراسات العربية العالية
للحصول على درجة ماجستير في الدراسات القانونية

أكتوبر سنة ١٩٦٠


بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة عامة

١- هذا البحث يعالج موضوعًا واسعًا بعضَ الشيء، فهو يعالج فكرة التصرُّف عن الغير بدون ولاية ولا وكالة، التصرف عن الغير تصرفًا قوليًّا (العقد والإرادة المنفردة)، أو تصرفًا فعليًّا (الفعل النافع)، التصرف عن الغير قصدًا أو حُكمًا -بمعنىٰ آخر- التصرف عن الغير حين يقصده المتصرف أو حين لا يقصده، وإنما يقع له بحكم الشرع.

ومعالجة موضوع واسع كهذا، قد لا تتيح للباحث أن يدرس جزئيات الموضوع بالعمق الكافي، ولكن لم يكن لنا في الأمر خيار؛ إذ إنَّ الموضوع مترابطٌ بصورةٍ يبدو معها أن فصل جزء من أجزائه سيكون علىٰ حساب وضوح المعالجة وغناها.

٢- في هذا الموضوع يصرف الفقه الإسلامي -في عمومه- جُلَّ اهتمامه إلىٰ وجود القدرة الشرعية علىٰ التصرف عن الغير، ثم لا يحفل بعد ذلك كثيرًا بأن تختلف التصرفات في الطبيعة، ولا شك أنَّ طبيعة التصرف الإرادي غير العمل المادي، ولا يحفل كثيرًا بالقصد؛ فالشخص قد يتصرف لحساب نفسه كغاصب مال الغير حين يبيعه لحساب نفسه، ثم لا ينعقد تصرفه لنفسه، وإنما ينعقد للمالك الشرعي المال المبيع. ومن جهة أخرىٰ، فقد يُدير الشخص شئون غيره، ينفق علىٰ ماله أو يبذل في إصلاحه جهده، ويقصد أن يقع هذا التصرف لمصلحة الغير في مقابل تعويضه عنه، ومع ذلك فلا يحفل المشرِّع بهذا القصد، ويحكم بوقوع التصرف في مصلحة الغير بدون مقابل.

وإذًا فالقدرة الشرعية، القدرة المختلفة المدىٰ والحدود، هي العامل الفعَّال في هذا المجال، وهذا البحث دراسة لها؛ متىٰ توجد؟ وكيف تعمل؟

٣- وهذا البحث هو محاولة لصياغة فكرة عامة تحكم مجموعة من التطبيقات المتناثرة، ربما كان أسلم طريقة لتخطيط منهجه، هي محاولة استيحاء هذا التخطيط من التطبيقات نفسها، وكذلك كان.

والباحث حين يدرس التطبيقات التي يتصرف فيها الشخص عن غيره أو يقع تصرفه عن غيره، يرىٰ أن هذه التطبيقات فئتان: فئة تتوافر فيها القدرة الشرعية علىٰ التصرف عن الغير، وأخرىٰ لا تتوافر فيها هذه القدرة.

وإذًا؛ فقد وجب أن نبتدئ بتقسيم الموضوع إلىٰ قسمين:

القسم الأول: يشمل التصرفات التي تتوافر فيها القدرة الشرعية، أو التي يكون للشخص فيها الولاية علىٰ التصرف عن غيره.

والقسم الثاني: يشمل التصرفات التي لا تتوافر فيها القدرة الشرعية، أو لا يكون للمتصرف فيها الولايةُ علىٰ التصرُّفِ عن غيره.

والشرع يمنح الشخص ولايةَ التصرُّف عن غيره، إمَّا رعايةً لمصلحة نفسه، أو رعايةً لمصلحة الغير، ولا شك أن هذين المبرِّرَين يختلفان في الطبيعة، وبالتالي في الأثر؛ فوجب إذًا أن نفصل بين هذين النوعين من التصرف عن الغير.

والفقه الإسلامي في مجموعه، يسلِّم بفكرة أنَّ للشخص أن يتصرَّف عن غيره متىٰ دَعَتْ إلىٰ ذلك ضرورةُ المحافظةِ علىٰ مصلحته ولم يترتب ضررٌ للغير المتصرَّف عنه، وهذا تطبيقٌ للمبدأ المشهور أن: **(الضرورات تُبيح المحظورات)**.

ولكن لمَّا كانت الضرورة تُقدَّر بقَدْرِها، فقد اختلفت المذاهب في تقدير هذه الضرورة. ومن جهة أخرىٰ، فلم يكن من سبيل لأنْ تتحوَّل هذه الفكرةُ إلىٰ

نظام محدَّد؛ فاختلافُ تطبيقاتِ الفكرة في الطبيعة، قد يجعل من الصعب أن ينطويَ عليها نظامٌ واحد. نذكر مثالين للتوضيح:

فمن تطبيقات هذه الفكرة، تصرُّفُ الشريك في مال الشركة لمصلحته ولمصلحة شريكه، وتصرُّف الدائنِ عن مَدِينه لمصلحة المدين بحفظ حقِّه، ومصلحته هو بحماية ضمانه. هذا بالنسبة للنوع الأول.

وبالنسبة للنوع الثاني؛ فإنَّ الفقه الإسلامي أيضًا في مجموعه، يسلِّم بأنَّ ضرورة المحافظة علىٰ مصلحة الغير تُبرِّر التصرفَ عنه بما يحفظ هذه المصلحة، ولكنَّ المذاهب الفقهية تتفاوت في هذا الشأن تفاوتًا عظيمًا؛ فبينما لا يُسلَّم بهذه الفكرة إلَّا في حدودٍ ضيِّقة في المذهبين: الشافعي والحنفي، فإنه يسلِّم بها علىٰ نطاقٍ واسع في المذهب المالكي، وربما لا نُبالغ إذا قلنا: إنَّ من السهل الحكمَ بوجود نظام -في هذا المذهب- يُشبه النظامَ الذي عُرف -في الفقه العربي الحديث- باسم (الفضالة).

وفي القسم الثاني: تختلف التصرفات الفعلية عن القولية في الطبيعة والأثر؛ فالتصرفُ الفِعلي أمرٌ واقع لا مَرَدَّ له، بينما التصرف القولي -أو تصرف الإرادة- أمرٌ وجودُه وعدمُه رهنُ إرادةِ المشرِّع.

وحيث لا يكون للشخص الولايةُ علىٰ التصرُّف عن غيره تصرُّفًا فِعليًّا، فحيث يقع التصرفُ له كأثرٍ لقصد المتصرِّف أو أثرٍ لحُكم الشرع، فإنَّ المتصرِّف لا يجب له العوضُ عنه علىٰ من استفاد من التصرُّف، ولا أثر لقصده في ذلك؛ فسواءٌ في الأمر أن يكون قصد الرجوع بالعوض عنه، أو يكون قصد التبرع، وسواءٌ كان يَعِي أنه يتصرف تصرفًا لا ولايةَ له عليه، أم كان يظن أنَّ له الولايةَ عليه، وإن كان المذهب المالكي يختلف عن المذاهب الأخرىٰ في هذا المجال، فهو يرىٰ أنَّ الشخص حين يتصرف في مِلك غيره تصرُّفًا نافعًا إن كان يعتقد أثناء التصرف أنه يتصرف في مِلك نفسِه، فلا يقع تصرُّفُه لغيره؛ بل يكون هو المستفيد منه.

أمَّا إن تصرَّف تصرُّفًا قوليًّا (تصرفًا إراديًّا)، فإن أمكن انعقادُه للمتصرف فإنه ينعقد له وينفذ عليه، وإن كانت المذاهب الفقهية تختلف في تحديد مدىٰ إمكانِ انعقادِ التصرف لمباشِرِه ونفاذه عليه.

أمَّا إذا لم يمكن انعقادُ التصرُّفِ ونفاذُه علىٰ مباشِرِه، فإنَّه يقع باطلًا في المذهبَين الشافعي والحنبلي، ولا يختلف -حينئذٍ- عن أي تصرُّفٍ باطلٍ آخر، ولا يؤثر في الأمر أن يكون المتصرِّفُ قَصَدَ إجراءَ التصرف لحساب نفسه، أو لحساب الغير.

أمَّا في المذهبين الحنفي والمالكي؛ فإنَّ التصرف ينعقد للغير موقوفًا علىٰ إجازته أو إجازة مَن له الولايةُ علىٰ إجرائه، ويستوي في هذا أيضًا أن يكون المتصرف قصد إجراء التصرف لحساب نفسه، أو قصد إجراءَه لحساب الغير، فالمتصرف موقوف في الحالين.

ولكن الوقف في طبيعته وفي أحكامه، يختلف في المذهب الحنفي عنه في المذهب المالكي اختلافًا كبيرًا، من مظاهره: أنَّ الحكم يثبت فيه بالإجازة بطريق الاستناد في المذهب الحنفي، وبطريق الظهور في المذهب المالكي.

هذه خطوط سريعة لموضوع البحث.

٤- وإن الباحث حين يهدف إلىٰ صياغة الفكرة الفقهية العامة في الفقه الإسلامي، يتحمل مسئولية ثقيلة؛ مسئولية إصدار الحكم في قضايا ليس لها أمثلة سابقة، وهذا يستلزم من الباحث مزيدًا من الحذَر والأَناة في معالجة الموضوع، ويستلزم بذلَ الجهدِ في الاطِّلاع علىٰ أكبر قدرٍ ممكن من النصوص؛ حتىٰ يطمئن علىٰ أنه لم يتعسَّف في حُكمِه، أو يُحمِّل أشياءَ أكثرَ مما تحتمل.

٥- وبالنسبة لهذا البحث، يجب أن أعترف بأن مؤلَّفاتٍ كمؤلفات:

«**النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية**»، للأستاذ الدكتور شفيق شحاتة.

و«**النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**»، للأستاذ الدكتور صبحي المحمصاني.

و«**الفقه الإسلامي**»، للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسىٰ.

و«**مصادر الحق في الفقه الإسلامي**»، للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

هذه المؤلفات ولو أنها لم تعالج الموضوع إلَّا بصورة عرضية، فقد كانت لهذا البحث ضوء الطريق.

٦- لقد ابتدأت بالخطوط الأولىٰ التي رسمتْها هذه المؤلَّفاتُ، واستفدتُ -بصفةٍ خاصة- من مؤلَّفَيِ الأستاذين السنهوري وشفيق شحاته بالنسبة لأسلوب البحث، فاخترتُ أن تكون معالجة الموضوع في ضوء النصوص.

وهذه الطريقة -كما أعتقد- خيرُ ضمانٍ لوضوح الصورة، وخيرُ ضمانٍ من الوقوع تحت تأثير أفكارٍ غريبة، أو التعسف في إصدار الأحكام.

٧- وقد صرفتُ كثيرًا من الاهتمام إلىٰ اختيار النصوص، وكان معيار الاختيار أولًا: وضوح الدلالة علىٰ المعنىٰ المقصود، وثانيًا: نُدرة المصدر الذي أخذ من النص، فيُقدَّم النص المخطوط علىٰ المطبوع. والأمر له أهميته بالنسبة إلىٰ أن كثيرًا مِن كُتُب الفقه وكنوزه لم تُطبع بعدُ[1]، فلا يتيسَّر الاطِّلاعُ عليها لكل أحد.

وقد تعمَّدتُ أن أقتصر بالنسبة للفكرة الواحدة علىٰ نصٍّ واحدٍ يمثلها، فلم يكن المجال متسعًا لأكثرَ من ذلك، وسعة الموضوع قد فوَّتت عليَّ فرصةَ الأخذِ بالأسلوب الحكيم الذي أخذ به الأستاذ شفيق شحاته في كتابه السابق، وهو تتبع تطور النص، واستعراض تلونه في التاريخ الفقهي.

وفي التطبيقات التي يصعب تحديدُ مظانِّها، حرَصتُ أن أذكر في الهامش بعض المراجع فيها، أمَّا بالنسبة للتطبيقات قريبةِ التناولِ؛ فقد اكتفيتُ بالنصوص الواردة في الصلب، أذكر مثالًا لهذا النوع تطبيق: «التقاط المال الضائع»، ومن

---

(١) نذكر بأن الشيخ ﷫ كتب هذا في أواخر السبعينيات من القرن الهجري الماضي، وسيلاحظ القارئ أن كل الكتب التي رجع الشيخ إلىٰ مخطوطاتها طبعت بعد ذلك. (الناشر).

السهل علىٰ أيِّ شخصٍ أن يرجع إلىٰ هذا التطبيقِ في أي كتابٍ فقهي، باعتباره قد وُضع في بابٍ أو فصلٍ مستقلٍّ.

٨- وبالنسبة لمصادر البحث؛ فقد أهمني أن أرجع إلىٰ المصادر الأولىٰ في الفقه الإسلامي، فتتبَّعتُ مجموعات محمد بن الحسن، «والأم» للشافعي، «والمدونة» لسحنون، و«مسائل الإمام أحمد» لإسحاق بن منصور، وعبد الله، وحنبل، وأبي داود السجستاني، ثم تتبعت المصادر الفقهية في نموِّها مع الزمن، وأهمني أن أطَّلع منها علىٰ ما لم تُتَحْ له فرصةُ الطبع بعدُ، وفيها ما يستلفت من الباحث النظر، ويقتضيه الاهتمام. أذكر مثالين: كتاب «الأسرار» في الفقه الشافعي للقاضي حسين، وهو يشرح المنطق الفقهي للمذهب الشافعي، وكتاب «الذخيرة» للقرافي في الفقه المالكي، ويمتاز في ظهور نزعة القرافي للتقعيد فيه، هذه النزعة التي كان من آثارها كتاب «الفروق» ويمتاز بنقوله عن مصادرَ في الفقه المالكي ذهبت طَيَّ النسيان.

٩- وقد أهمني أن أطَّلع علىٰ أكبر قدرٍ ممكنٍ من كتب الفتاوىٰ والنوازل؛ وهذه الكتب ذاتُ فائدةٍ، ليس بالنسبة إلىٰ أنها -في الغالب- تعالج الوقائع في بيئاتها وظروفها الطبيعية، ولأنها تعطي الجانب العملي أكبرَ الاهتمام، ليس بالنسبة إلىٰ هذا فحسب، بل لأنها تُتاح لها فرصة التخلص من قيد لم يسمح للفقه الإسلامي أن يتصرف إلَّا في مجالٍ محدود، وأعني به قيد الأسلوب الواحد.

فالكتب الفقهية في أغلب الأحيان، قد اتَّبعت أسلوبًا في التبويب والتقسيم لم يختلف علىٰ مَرِّ الزمن.

وكان لهذا أثرُه في حرية التفكير الفقهي؛ إذ كان الفقيه حين يؤلِّف يضطرُّ إلىٰ أن يحشر ذاتَه في قوالبَ محدَّدةٍ ومعدودة من الأبواب والفصول والفروع، فكانت النوازل والوقائع التي يواجهها الفقهاء مباشرة، فرصة للتخفُّف من قيد الأسلوب الموحَّد، ويلاحَظ أنَّ الغالب أن يحرص جامعو الفتاوىٰ علىٰ تصنيفها حسَب الترتيب المتعارَف عليه في كتب الفروع، ويحدث في كثيرٍ من الأحيان أن تدخل أحكام النوازل ضمن كتب الفروع، ضمن الأبواب والفصول والفروع المحدَّدة، ولكنَّ هذا أيضًا كان مصدرَ غِنًى لهذه الكتب، وكان يساعد علىٰ تطوير التفكير الفقهي، ونمو تصورات فقهية جديدة.

١٠- وكانت كتب النوازل والفتاوىٰ ذاتَ أثرٍ كبير في هذا العمل، ؛ إذ إنَّ موضوعه مجموعة من الحلول، تكون في الغالب استجابةً للحاجات العملية الواقعية، وهذه الحلول ومشاكلها لا تتعرض لها في الغالب كتبُ الفروع، وإذا تعرَّضت لها فإنها تتعرض لها في صورة تطبيقات تتوزع وتتشتت بين الأبواب والفصول، ولا يسهل تحديدُ مظانِّها.

١١- هذا، وبالنسبة لأسلوب البحث، فلم يكن من الممكن أن أَستعير صياغة الفقه الغربي، فقد لا تلائمه من جهة، وقد يكون اختيارُها علىٰ حساب وضوح الفكرة. علىٰ أني قد استعنتُ بهذه الصياغة، ثم حاولت أنْ أَصِلَ بين الفقه العربي الحديث، وهو صورة من الفقه الغربي، حاولت أن أصل بينه وبين الفقه الإسلامي عن طريق المقارنة.

وقد استخدمتُ المقارنة لغرضٍ آخَرَ، هو توضيح الفكرة الفقهية، وتحديد التصور الفقهي الإسلامي، ولكني لم ألجأ بعد ذلك إلىٰ المقارنة إلَّا لخدمة هذين الغرضَين، فلم ألجأ إلىٰ المقارنة لذات المقارنة، ومن ثَم فقد تخفَّفتُ من بعض الشروط التي يلزم توافرها في المقارنة.

وقد استعنت بلغة الفقه العربي الحديث، علىٰ أني -أحيانًا- استخدمت لغة النصوص، وفي الغالب استعرتُ الأمثلة منها، وكان الغرض من ذلك توضيح الارتباط بين الفكرة التي أصل إليها وبين مصدرها من النصوص.

١٢- بقيت ملاحظة أخيرة، فقد حرَصتُ كلَّما سنحت الفرصة علىٰ أن أبيِّن كيف تتطور الفكرة الفقهية. والمسألة ذات شأن ليس فحسبُ لأنها توضِّح الفكرة الفقهية في الفقه الإسلامي، وتدل علىٰ الطريق الذي يثبت فيه؛ بل لأنها تُشير إلىٰ الاحتمالات التي كان يمكن حدوثُها لو تابَعَ الفقه الإسلامي تطوُّرَه ونموَّه. وتحت تأثير هذه الفكرة، حاولتُ أن أحدِّدَ زمن النصوص والأقوال الفقهية؛ فرتَّبتُ مصادرَ البحث من كتب الفقه الإسلامي ترتيبًا زمنيًّا، ثم أضفتُ ملحقًا أُحدِّدُ فيه الزمن الذي عاش فيه الأعلام الذين تُسنَد إليهم النصوص، والمؤلَّفات التي تشير إليها.

ويجب أن أسارع فأعترف بأن هذا الملحق لا يزال ناقصًا بعضَ الشيء؛ فإن المسألة معقَّدة أكثرَ مما يتبادر إلىٰ الذهن، ومع أنِّي استفدتُ من تجربتي الشخصية، واستفدت من كتب الطبقات ومعاجم المؤلفات، إلَّا أني لم أستطع تحديد بعض الأعلام وبعض الكتب، والسبب في ذلك اشتراكُ الأسماء والعناوين بالنسبة للمذهب الواحد، في العصر الواحد، وكثيرًا ما يكتفي المؤلِّفون بالكُنية -أي بالصفة- مما يجعل من الصعب التأكد من المسمَّيات.

١٣- أخيرًا؛ لقد استهدفت في هذا البحث، أن أوضِّح فكرة الفقه الإسلامي في موضوع البحث، وكلُّ ما أرجو أن أكون بلغتُ في هذا شيئًا.

مقدمة تمهيدية

نطاق البحث وتقسيمه

١- نسبية أثر التصرف:

في التصرفات الإنسانية، يرىٰ الفقه الإسلامي أنَّ الأصل أن يقع التصرفُ لمن قام به؛ فالشخصُ يلتزم بإرادته، أو بعمله المادي، ولكنه لا يُلزم غيرَه بهذه الإرادة أو هذا العمل، وهذا ما تَعنِيه الآيات الكريمة: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾[1] [النجم: ٣٩]، ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢٨٦]، فالأصل في التصرف الإنساني النسبية؛ بمعنىٰ: أنَّ آثار التصرف تقتصر علىٰ شخصِ المتصرِّف ولا تتعدَّاه إلىٰ غيره.

٢- نظام الولاية:

وإذا كان الفقه الإسلامي قد سلَّم بقاعدة الأصل التي ذكرناها؛ لأن العدالة تقتضيها، ولأنها تُحقِّق حرية الفرد وتحمي مصلحتَه؛ فقد توجد أحوال فيها تحقق العدالة، وتحمي مصلحة الفرد بالخروج علىٰ قاعدة الأصل؛ فقد يكون الشخص عاجزًا عن التصرف لنفسه شرعًا كناقص أهلية التصرف، أو يكون عاجزًا عنه عجزًا ماديًّا كالغائب؛ ولهذا وجب أن يوجد نظام الولاية، فوُجدت قاعدة تخرج علىٰ قاعدة الأصل، وتقوم إلىٰ جانبها.

قلنا: «الولاية»، ونعني بها هنا كلَّ سُلطةٍ علىٰ التصرف عن الغير بسبب عجزه عن التصرف شرعًا أو فعلًا، وتُعطىٰ لشخصٍ خاصٍّ؛ (فالولي هنا من له الولاية علىٰ مال غيره؛ من أبٍ، أو جَدٍّ، أو قاضٍ، أو وَصِيٍّ، أو قَيِّمٍ، أو ناظرِ وقفٍ، أو نحو ذلك)[2]

(١) جاء في أحكام القرآن للجصاص ج١ ص٥٨٩ عند تفسير هذه الآية: (فيه الدلالة علىٰ أنَّ كلَّ أحدٍ من المكلَّفين فأحكامُ أفعالِه متعلِّقةٌ به دون غيره، وأنَّ أحدًا لا يجوز تصرُّفُه علىٰ غيره فهذا هو العدل الذي لا يجوز في العقول سواه).

(٢) هذه العبارة مقتبسة من الأستاذ الشيخ علي الخفيف، مختصر المعاملات الشرعية، ص١١١.

٣- نظام الوكالة:

وقد لا يكون هناك مانعٌ شرعيٌّ أو مادي يمنع الشخص من أن يتصرف لنفسه، ولكنه مع ذلك يختار أن يقوم غيرُه بالتصرف عنه؛ لسببٍ يدعوه لهذا الاختيار، وقضاءً لهذه الحاجة وُجد نظامُ الوكالة، فقامت إلىٰ جانب قاعدة الولاية قاعدة الوكالة، وبمقتضاها يمكن للشخص أن يتصرف عن غيره وتنصرف إلىٰ الغير آثار تصرُّفِه.

هذا، ولم يكن من الصعب التسليمُ بأنَّ في استطاعة الشخص أن يتصرف عن غيره، فتنصرف إلىٰ الغير آثارُ تصرُّفِه ما دام وليًّا أو وكيلًا؛ ذلك أن شخص الولي أو الوكيل امتدادٌ لشخص الأصيل، وقد لصقت صفة الولاية علىٰ التصرف بهما؛ لاعتبار في شخصهما بصرف النظر عن الظروف التي يقع مقارنًا لها التصرف، وأهم من هذا أن الولاية علىٰ هذا التصرف وظيفتهما.

٤- قواعد أخرىٰ:

وقد توجد أحوالٌ لا يمكن أن يقوم الشخص فيها بالتصرف لنفسه، ولا أن يقوم به عنه وليٌّ ولا وكيل؛ لأن لا وليَّ له ولا وكيل مثلًا، ومع ذلك تقتضي حماية مصلحته أو مصلحة غيره أن يجري التصرف لحسابه.

ونضرب مثلًا: شخص يكون شريكًا لآخَرَ في مِلكٍ ثم يُغاب أحدُ الشريكين وتجدُّ ظروفٌ فيها تقتضي حماية الملك المشترك والتصرف فيها بنوعٍ من التصرفات، ولا يمكن للشخص الحاضر أن يستأذن الغائب فيه ولا مَن يقوم مقامَه، فهل يكون لهذا الشريك ولاية -أو قدرة شرعية- علىٰ إجراء التصرف المطلوبِ بالنسبة لحصَّتِه وحصةِ شريكه الغائبِ؟

ومثلًا آخر: شخصٌ يتهدَّد مالَه خطرٌ ما، فهل يكون لشخصٍ آخَرَ عادي (أي غير ولي ولا وكيل) أن يدرأ هذا الخطرَ بتصرُّفٍ يُجريه في المال، ما دام مالِكُه عاجزًا عن إجراء هذا التصرفِ بنفسه، ولا سبيلَ إلىٰ إجرائه عن طريق وليِّه أو وكيله؟

لقد بحث الفقه الإسلامي الإجابة عن هذين السؤالين وأشباههما في تطبيقاتٍ كثيرة، وهو وإن لم يصل إلىٰ تسجيل أنظمةٍ معيَّنة، واضحةِ المعالم، بيِّنةِ الحدود كنظامَيِ الولاية والوكالة، إلَّا أنَّ في إمكان الباحثِ الوصولَ إلىٰ فكرةٍ عامَّة في هذا الصدد، قد تكون الفكرة منها قاعدة عامة كاملة النضج تامَّة المقوِّمات، أو تكون في طريق التطور لتكوّن قاعدة عامة.

بعبارةٍ أخرىٰ، لقد عرَف الفقهُ العربي الحديث -مثلًا- إلىٰ جانب نظامَيِ الولاية والوكالة نظامَ الفضالة (Gestion affaires)، وبواسطته يمكن للشخص أن يتصرف عن غيره، بحيث تنصرف آثار تصرفه إلىٰ هذا الغير وإن لم يكن وليًّا عنه ولا وكيلًا له. أمَّا الفقه الإسلامي؛ فلم يُقِمْ نظامًا كهذا النظام، ولكن ليس من الصعب علىٰ الباحث بتجميع التطبيقات والمسائل ودراسة حلولها، أن يصل إلىٰ فكرةٍ عامَّة، بل وبالنسبة لبعض المذاهب إلىٰ قاعدةٍ عامة تقابل هذا النظام (نظام الفضالة).

الخلاصة؛ أنَّ الفقه الإسلامي -في مختلف مذاهبه- لم يُقِمْ نظامًا إلىٰ جانب الولاية والوكالة في شأن التصرف عن الغير لحماية المتصرف -أو المتصرف له-، ولكن هذا الفقه -في مختلف مذاهبه أيضًا- سلَّم بأنَّ الشخص في حالةٍ أو في أخرىٰ يكون له ولايةُ التصرُّفِ عن الغير وإن لم يكن وليًّا ولا وكيلًا، وإن كانت المذاهب تختلف في مدىٰ ما تُسلِّم به من هذه الحالات، فبينما تتكاثر التطبيقات حتىٰ تكون قاعدة أو قواعد عامة في مذهب كالمذهب المالكي، تقلُّ وتكون مجرَّدَ استثناءاتٍ وتطبيقات محدودة في مذهبٍ كالمذهب الشافعي.

وبمقارنة هذه الولاية في التصرف عن الغير بالولاية التي تكون للولي أو الوكيل، نلاحظ أنَّ الأُولىٰ تمتاز بأنها ولايةٌ عرَضية ليست وظيفة للمتصرف، ولا صلةَ لها بشَخْصِه، وإنما تنشأ من ظروف التصرف، وهذه الظروف متنوِّعةٌ ومتعدِّدة، وربما كان هذا هو السبب في أن يصعب وجودُ «نظام» يحتويها ويقوم إلىٰ جانب نظامَيِ الولاية والوكالة، وكان هذا سببًا في ألَّا نظفرَ في الفقه

الإسلامي باصطلاحٍ يحدِّد هذه المنطقةَ من ميدان التصرف عن الغير. إنَّنا نجد اصطلاحات «الولاية» و«الوكالة» ثم «الفضالة» -بمعناها في الفقه الإسلامي- ولكن بين مجال هذا الاصطلاح الأخير ومجال الاصطلاحَيْن السابقين منطقةٌ غيرُ مسمَّاةٍ، وإن كان لها حقيقةُ الوجود.

٥- الفضولي:

وإذا لم يكن المتصرِّف عن الغير وليًّا له ولا وكيلًا، ولم يكن له ولايةٌ علىٰ التصرُّفِ عن غيره علىٰ نحو ما سلف في الفقرة السابقة، فذلك هو ما عرفه الفقه الإسلامي باسم «الفضولي».

وكلمة «الفضولي» دخلت لغة الفقه الإسلامي في وقتٍ حديثٍ نسبيًّا[١]، وتتبع النصوص يدل علىٰ أن شيوعها لم يتم إلَّا في أواخر القرن الرابع الهجري، وقد استُعملت في مدلولات تختلف سعةً وضِيقًا، فاستعملت أحيانًا في معنًى أقرب إلىٰ معناها اللغوي، فقصد بها من يتصرف عن غيره تصرفًا قوليًّا دون أن يسبق له ولاية ولا وكالة، ويقصد حين تصرفه أن يقع التصرف عن الغير. ثم اتَّسع مدلولها، فشمل التصرف بالمعنىٰ السابق، كما شمل الولي أو الوكيل الذي يجاوز حدودَ سُلطَتِه، وشمل مَن يتصرَّف ويقع تصرُّفُه عن الغير وإن لم يقصده كالغاصب حين يبيع مِلك الغير الذي اغتصبه، كما أطلقت أحيانًا علىٰ التصرفات الفِعليَّة كالقولية.

ونلاحظ عدم الدِّقة في تحديد الفضولي؛ سواءٌ في المعاجم التي تُعنىٰ بالاصطلاحات الفقهية[٢]، أو في كتب الفقه ذاتها.

---

(١) لا يظهر هذا الاصطلاح في مجموعات محمد بن الحسن، ولا في الأم للشافعي، ولا في المدونة لسحنون. ونلاحظ في هذا الصدد عدم الدقة في نقل المتأخرين عن المتقدمين. انظر مثلًا: جامع الفصولين في نقله عن الجامع الكبير ج١ ص٢٣٥.

(٢) المغرب مثلًا.

ونرىٰ أنَّ المجلة وُفِّقت حين نصَّت في المادة ١١٢ علىٰ أن: (الفضولي مَن يتصرَّف بحقِّ غيره بدون إذنٍ شرعي)[١].

وفي تصرفات الفضولي يختلف الحكمُ في مذاهب الفقه الإسلامي، وإذا اقتصرنا منها علىٰ التصرفات القوليَّة، نرىٰ بعضها -كالمذهب الحنفي- يقول بصِحَّتِها وانعقادها موقوفة علىٰ حصول الإجازة اللَّاحقة، بمعنىٰ آخر، علىٰ زوال المانع من نفاذها وهو عدم الولاية عليها، بينما نرىٰ بعضها -كالمذهب الشافعي- يقول ببطلانها من البداية، وأن لا سبيلَ لتصحيحها ونفاذها ولو أُجيزت ممن يملك الإذنَ بها.

٦- نطاق البحث:

في الفقرتين: ٤ و٥ ميَّزنا بين منطقتين مختلفتين في ميدان التصرف عن الغير، وراء منطقة التصرف عنه الولاية أو الوكالة: منطقة يكون للمتصرف فيها ولايةٌ علىٰ التصرف يمنحها له الشرع، وينتج فيها التصرف آثاره، وأخرىٰ لا يكون للمتصرف فيها ولاية علىٰ التصرف، ولا ينتج فيها التصرفُ شيئًا من آثاره، وحين ندرس مذهب الفقه الإسلامي كمجموعة، نرىٰ هاتين المنطقتين تتداخلان؛ إذ تختلف المذاهب في تحديد مدىٰ المنطقة الأولىٰ، فبينما تتَّسع في بعضها -كالمذهبين المالكي والحنبلي- تضيق في البعض الآخَرِ -كالمذهبين الشافعي والحنفي- وما تضيق عنه المنطقة الأولىٰ، تتَّسع له بالطَّبع المنطقةُ الثانية، وهذا يُبرِّر أن يضم هاتين المنطقتين بحثٌ واحد.

وإذًا؛ فسيكون موضوع هذا البحثِ دراسةَ هاتين المنطقتين.

لقد ذكرنا «التصرف عن الغير»، ونريد بالتصرف ما يشمل التصرفَ القوليَّ والتصرف الفِعلي، أو كما يعبر الفقه العربي الحديث، التصرف القانوني (acte juridique)، والعمل المادي (acte materiel)، وما دمنا قد ذكرنا «عن

(١) أصل هذا التعريف في غاية البيان، باب الفضولي.

انظر أيضًا: الدر المختار، ج٢ ص٧٤، حاشية أبي السعود ج٢ ص٦١٦، ابن عابدين، ج٤ ص١٨٦.

الغير» فلا يدخل فيه التصرف الضارُّ في مِلك الغير، ولا ما نسميه «التصرف علىٰ الغير» ونقصد به كلَّ تصرُّفٍ يُجريه الشخص بإرادته المنفردةِ لمصلحته وعلىٰ حساب مصلحة المتصرَّف عليه؛ كما في التملُّكِ القهري[1]، والتحديد القهريّ للعقد[2] ونحوها[3] ولكن لا يخرج عنه التصرف الذي لا يقصد إيقاعه عن الغير، وإنما يقع له بحكم الشرع، ويعتبَر كأنَّ المتصرِّفَ قَصَدَ إيقاعَه عن الغير، وسنعرف فيما بعدُ أنَّ الفقه الإسلامي يخضع في هذا لقاعدةٍ مسيطرة هي: أنَّ العبرةَ بالواقع لا بما في ظنِّ المكلَّف.

ولمَّا كان الفقه الإسلامي يحمل في ثناياه بالنسبة لموضوع البحث اتجاهاتٍ مختلفةً، ولمَّا كانت المذاهب الأربعة: المالكي، والحنفي، والشافعي، والحنبلي تمثِّل -في تقديرنا- هذه الاتجاهاتِ المختلفةَ؛ فقد رأينا -لهذا، ولأسبابٍ أخرىٰ- أن نقتصر علىٰ بحث الموضوع في هذه المذاهبِ خاصَّةً، ولذلك، فلن نتعرض للمذاهب الأخرىٰ بصفةٍ رئيسية.

والخلاصة: أنَّ موضوع هذا البحث ونطاقَه سيكون: التصرف عن الغير بدون ولاية ولا وكالة؛ سواءٌ كان التصرف قوليًّا أو فعليًّا، وسواءٌ قصد إيقاعه عن الغير، أو وقع عنه بحكم الشرع، وحكمُ هذا التصرف في المذاهب الأربعة.

٧- تقسيم البحث:

سنبتدئ فنقسم هذا البحث قسمين:

القسم الأول: ندرس فيه التصرفات عن الغير التي يكون للمتصرف ولاية عليها من جهة الشرع، وتنصرف آثارها إلىٰ الغير وإن لم يكن المتصرف عن الغير فيها وليًّا ولا وكيلًا.

---

(١) الأخذ بالشفعة مثلًا.

(٢) مثل أن ينتهي عقد المضاربة والمال لم ينض؛ فللمضارب إبقاء العقد حتىٰ تنضيض المال.

(٣) انظر: الملحق رقم ١.

القسم الثاني: ندرس فيه التصرفات عن الغير التي لا يكون للمتصرف ولايةٌ عليها من جهة الشرع، ولا تنصرف آثارُها إلىٰ الغير؛ بل يتوقف حُكمُها إذا كانت من التصرفات القولية -كما في بعض المذاهب- أو تبطل ابتداءً -كما في المذاهب الأخرىٰ.

القسم الأول

التصرف الذي للمتصرف ولاية عليه

٨- مدخل:

لقد أشرنا إلىٰ أنَّ مبرِّرَ الحكم بعدم جواز التصرف عن الغير بدون ولاية ولا وكالة، هو حماية حرية هذا الغير، ورعاية مصلحته؛ ولكن قد توجد ظروفٌ يكون تطبيق هذا الحكمِ فيها إهدارًا لمصلحة الغير، أو مصلحة مَن يريد التصرفَ عنه؛ ذلك أنَّ المصالحَ تتشابك، والحقوق تختلط، ومنفعة الفردِ تتَّصل بمنفعة غيرِه، وقد لا يتمُّ اجتماعُ ذوي المصالح المتشابكة علىٰ العمل لصالحهم المشترك، فيكون أمام الفرد منهم طريقان: إمَّا أن يباشر مصلحته ويرعىٰ منفعته، ويتصرف في حقه، وحينئذٍ فلا بد أن يتأثر الفردُ الآخَر بنشاطه، وتتعدَّىٰ إليه آثارُ عملِه، ما دام محلُّ العملِ مشتركًا بينهما.

وإمَّا أن يمتنع عن ذلك كلِّه، وفي هذا إهدارٌ لحرِّيته، وتقييدٌ لحقوقه، وتضييعٌ لمصالحه.

وقد اختار التشريع الإسلامي في الغالبِ الطريقَ الأول، وكان ذلك امتدادًا لتطبيق المبادئ التشريعيَّة: أن «الضرورات تُبيح المحظورات»، و«أنَّ الضَّرَرَ يُزال»، و«يُزال الضررُ الأشدُّ بالأخفِّ».

وكأثرٍ لهذا، حَفَلَ الفقه الإسلامي بتطبيقاتٍ كثيرةٍ فيها يتصرف الشخصُ لغيره بدون أن يكون وليًّا له ولا وكيلًا عنه، ثم تنصرف آثارُ هذا التصرفِ إلىٰ الغير كما لو كان هو الذي تصرَّف لنفسه، أو كما لو كان تصرَّف له وليُّه أو وكيلُه. هذا من ناحية.

ومن ناحيةٍ أخرىٰ، نرىٰ الشخص أحيانًا يعجز عن التصرف لنفسه ورعاية مصالحة؛ إما لغيبة، أو لصِغَر، أو لوجهٍ آخرَ من وجوه العجز، ثم لا يوجد من يتصرَّف له من ولي أو وكيل، فحينئذٍ يكون في تطبيق قاعدة الأصل إهدارُ مصلحته، وتضييع حقوقه، وقد قلنا: إنَّ مبرِّر وجودِها رعايةُ مصلحته، وحِفظُ حقوقِه؛ ولذلك فقد خرج الفقه الإسلامي عليها، وحفل هنا أيضًا بتطبيقاتٍ كثيرةٍ فيها يتصرف الشخصُ لغيره فتنصرف آثارُ تصرُّفِه إلىٰ الغير، كما لو كان وليَّه أو وكيلَه.

لقد لاحَظْنا أنَّ التطبيقات الأُولىٰ يبرِّر الحكمَ بالتصرف عن الغير فيها مصلحةُ المتصرِّف نفسِه أولًا، أو بعبارة أخرىٰ، تبررها الضرورة. أمَّا التطبيقاتُ الثانية؛ فالمبرِّرُ فيها مصلحة المتصرَّفِ له، أو بعبارة أخرىٰ تبررها المنفعة[1]، وهذه تقابل إلىٰ حدٍّ كبيرٍ ما عرفه الفقه العربي الحديث باسم الفضالة (Gestion affaires).

والفارق بين التطبيقات الأولىٰ والثانية بالنسبة لمبرر كلٍّ منهما، كافٍ لأنْ يجعلَنا ندرسُهما في قسمَين منفصلَيْن؛ فقد كان لهذا الفارقِ أثرُه الكبير -كما سنرىٰ- في الأحكام، وفي تشكيل القواعد العامة، وفي سهولة التسليم بها من ضمير المشرِّع.

ولهذا، فسندرس التطبيقات الأُولىٰ، وهي التي تُبرِّرُها مصلحةُ المتصرِّف نفسِه في الباب الأول من هذا القسم، وندرس التطبيقات الأخرىٰ وهي التي تبررها مصلحة المتصرَّفِ له في الباب الثاني منه.

---

(١) استعرنا التعبير بالمنفعة في هذا المجال من الأستاذ صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود ج١ص٨٢ وما بعدها.

الباب الأول

التصرفات عن الغير التي تبرِّرُها الضرورة

الفصل الأول

في المذهب الحنفي

٩- فرعان:

ربما كان من الأفضل، ونحن نتلمَّسُ الخطوطَ العريضةَ لفكرةٍ عامَّة تشمل التطبيقات المتناثرة التي حفل بها الفقه، أن نبدأ بدراسة هذه التطبيقاتِ بصفةٍ تفصيليَّةٍ نحاول فيها ألَّا نبتعدَ بالتطبيقات عن بيئاتها الطبيعية، ثم نحاول استخلاصَ الفكرةِ -أو الأفكار- الفقهية التي تنتظمها؛ فندرس التطبيقات في فرعٍ أول، وفي فرعٍ ثانٍ ندرس الفكرةَ العامَّة.

الفرع الأول

التطبيقات

١- الشريك في الملك

١٠- وضع المسألة:

إذا اجتمع شخصانِ، أو أشخاصٌ في استحقاقٍ، وذلك ما يسمىٰ بشركة الأملاك[١]، فكلُّ شريكٍ بالنسبة لحصَّةِ شركائه أجنبيٌّ، فلو تصرَّف في الملك المشترك بدون ولايةٍ ولا وكالةٍ تصرُّفًا قوليًّا، اعتُبر في حصَّتهم فضوليًّا؛ أو تصرف فيه تصرفًا ضارًّا، وجب لهم عليه التعويض؛ أو تصرف فيه تصرفًا نافعًا، اعتُبر متبرِّعًا ولم يجب له عليهم الرجوعُ بعوض عن تصرفه النافع[٢]، هذا هو الأصل والقياس.

ولا يبدو في الأمر صعوبةٌ ما دام الشريك يمكنه أن يتصرف في حِصَّتِه مستقلَّةً، ولكنَّ العقدةَ تنشأ حين تقضي طبيعة الأشياء عدمَ إمكان التصرُّفِ في الحصة مستقلَّةً، وحينئذٍ يعالج المذهب الحنفي المسألةَ علىٰ النحو التالي:

١١- العقد علىٰ المال المشترك:

أجاز الاستحسان في بعض التطبيقات عقد أحد الشريكين علىٰ الملك المشترك، ما دام في ذلك حفظٌ لحق الشريكين، ورعاية لمصلحتهما.

فإذا غاب أحدُ الشريكين في الدار -مثلًا- وآجَرَها الآخَرُ، لم يعتبر المؤجِّر

---

(١) ويسميها الفقه العربي الحديث: الملكية الشائعة. وقد استعمل هذا الاصطلاح «شركة الملك» تقنين الموجبات والعقود اللبناني، كما سماها شبه الشركة. انظر: المادتين ٨٢٣ و٨٢٤.

(٢) جامع الفصولين ج٢ ص٩٨، ٩٩، ١٩٢، وج١ ص١٦٠، الكاملية ص٥٣، منلا مسكين ج١ص٣٧، نوازل السمرقندي ورقة ٢٥٥/ب، قاضيخان ج٣ص١٨٩.

بالنسبة لحصَّة شريكِه فضوليًّا ولا غاصبًا؛ إذ لو اعتُبر كذلك -كما يقضي القياس- لصحَّت الإجارة للمؤجِّر إن استوفيت المنفعة، أو فيما استوفىٰ منها، واستحقَّ هو الأجرَ، ولم يكن للشريك الغائبِ من الأجر شيءٌ.

وكذا إذا قام الشريك علىٰ الكرم المشترك -مثلًا- في غياب شريكه، أو في صِغَرِه، فإذا أدرك الثمرَ كان له أن يبيعه ويأخذ حصَّةَ نفسِه من الثمن، ويوقف حصة الغائب، فينفذ البيع ولا يكون للغائب إذا قَدِمَ أن يرُدَّه، بل له إن شاء أن يضمنه القيمة، أو يأخذ الثمن. وكما نرىٰ، قد خولف في هذا التطبيقِ القياسُ، فلو أخذ به لاعتُبر البيع في حصة الغائب أو نحوه بيعَ فضوليٍّ، وكان للغائب -إلىٰ جانب خياره بين أخذ القيمة أو الثمن- أن يردَّ البيعَ ويأخذَ حِصَّتَه من الثمر، إلَّا أنَّ جَعْلَ الخيارِ له في أن يأخذ القيمةَ دليلٌ علىٰ أن البائع لم يكن له ولايةٌ كاملة علىٰ التصرف، فإذا أُضيف إلىٰ هذا أنَّ هذه الأعمالَ التي أُجيزت مخالفة للأصل والقياس، هي من أعمال الإدارة -كما تسمَّىٰ في الفقه العربي الحديث- أمكننا أن نلاحِظَ مبلغَ تردُّدِ المذهبِ الحنفي في قَبول الولايةِ علىٰ التصرف عن الغير تصرُّفًا قوليًّا، وإن ألجأتْ إليه الضرورة.

والظاهر أنَّ المذهب الحنفي وهو يقول بتوقف عقد الفضولي، رأىٰ في هذا النظام كافيًا لدفع الضرورة، فالتصرف عندها من مصلحة المتصرَّف له، والغالبُ أن يُجيزه عند علمه به.

١٢- نصوص:

أ- الفتاوىٰ الهندية: ج٢ ص٣٤٢:

دار بين اثنين غاب أحدُهما وآجَرَها الآخَرُ؛ فللغائب أن يشاركه في الأجر[(١)]

ب- فتاوىٰ قاضيخان ج٣ ص١٨٨:

رُوي عن أبي حنيفة في الثمر إذا كان بين اثنين: للحاضر أن يأخذ نصيبَه

---

(١) الفتاوىٰ الكاملية ص١٢٢، المجلة م ١٠٨٤ وقارن تعليق سليم باز عليها.

ويبيع نصيب **الغائب،** فإذا حضر الغائب وأخذ الثمن، جاز، وإن لم يجز **يضمن** الحاضر قيمةَ نصيب الغائب. وهكذا رُوي عن محمد رحمه الله، **واستحسن** مشائخنا رحمهم الله تعالىٰ هذا، وعليه **الفتوىٰ**[1].

١٣- النفقة علىٰ المِلك للمشترك:

لو أمكن قسمةُ المشترك، فلن يضطر الشريك إذَا أراد أن يُنفق لإصلاح حِصَّته، إلىٰ أن ينفق علىٰ حصة شريكِه؛ لإمكان تمييزِ الحصَّتَين بالقسمة. وإذا لم تمكن القسمةُ، فإن كان الشرع يوجب علىٰ شريكه النفقةَ علىٰ حصَّتِه، فلن يضطرَّ أيضًا هنا إلىٰ النفقة علىٰ حصة شريكه؛ إذ يستطيع المطالبة بإشراك صاحبه معه في النفقة؛ إمَّا بإجباره عليها لو كان حاضرًا قادرًا، أو بالإذن من القاضي في ترتيبها في ذِمَّتِه لو كان غائبًا أو عاجزًا.

فإذا أنفق علىٰ حصة شريكه في هذه الحالات دون أن يكون وليًّا عنه ولا وكيلًا، فإنه يعتبر متبرِّعًا، ولا يكون له أن يرجع علىٰ شريكه بعوض نفقتِه علىٰ حصَّةِ الشريك.

ومثلًا: يجب علىٰ كلٍّ من الشريكين في العبد أو الدابة، النفقة عليهما بقدر الحصة، فإذا استقلَّ أحدُهما بالنفقة اعتُبر متبرِّعًا؛ لأنه ليس بمضطرٍ في النفقة؛ لإمكانه أن يطالبَ صاحبَه بالاشتراك معه فيها[2]

مثل ذلك: إذا قيل بإجبار الشريك في الزرع أو النهر، أو الرحىٰ أو نحوها علىٰ النفقة بطلب شريكه. إذا أنفق الشريك مستقلًّا اعتُبر متبرِّعًا؛ لانعدام اضطرارِه.

---

(١) نوازل السمرقندي: ورقة ١٥٧/ب، جنة الأحكام: ورقة ٢٤/ب، جامع الفصولين (عن الفتاوىٰ الصغرىٰ) ج٢ ص١٩٨، (وعن الواقعات) ج٢ ص١٩٣، الكاملية: ص٥٣.

(٢) ولكن لو فُرض أن العبد صغير، أو زَمِنٌ لا كسبَ له، فلا يكون للقاضي ولاية الأمر بالإنفاق عليه عن الغائب؛ لاحتمال عتق الغائب له.

فإذا أنفق عليه الحاضر في هذه الحال دون استئذان القاضي، رجع علىٰ الغائب بنصيبه من النفقة. (المبسوط ج٢٣ ص٤٦).

ولكن إذا قيل بعدم إجبار الشريك علىٰ الإنفاق لإصلاح الزرع أو النهر، أو الرحىٰ أو الحمَّام أو الصبَّانة أو نحوها من كلِّ ما لا يقبل القسمة، فإنَّ الشَّريك إذا استقلَّ بالنفقة عليها لامتناع شريكه، أو غيبته، أو نحوِ ذلك، فإنَّه يكون مضطرًّا في الإنفاق علىٰ حصَّة شريكه؛ لأنه لا يمكنِ الفصلُ بين الحصَّتَين، والنفقةُ علىٰ كلٍّ منهما علىٰ حِدَةٍ، ولا يمكن استئذانُ القاضي فيها؛ لأنَّ القاضي له ولايةُ الأمر بالإنفاق عن الغائب في كل موضعٍ له ولايةُ الجبر عليه لو كان حاضرًا، فما لم يكن له ولاية الجبر عليه في حضوره، لا يكون له ولاية الأمر في الإنفاق عنه في غيابه، وما دام الشريكُ قد أنفق **مضطرًّا** علىٰ حصة شريكه، فإن له أن يرجع علىٰ الشريك بمقدار ما أنفق عنه.

ويتم رجوعُه بذلك بأخذ ما أنفق في الزرع من قيمة حصة الغائب، ومن غلَّة المشترِك إذا كان له غلةٌ؛ كالحمام والرحىٰ، أو بمنع شريكه من الانتفاع بحصَّةٍ من المِلك، حتىٰ يؤدي حصَّته من النفقة فيما ليس له غلة؛ كالبئر، والنهر. وتطبيقًا لهذا: إذا مات ربُّ الأرض في المزارعة قبل الإدراك؛ بأنْ مات والزرعُ بَقْلٌ، أو الثمر بُسْرٌ -وللمزارع أو العامل في هذه الحالة إبقاءُ العقدِ في الاستحسان حتىٰ الإدراك- فلو التزمَا الضرر وطلبا القلع، كان لورثة ربِّ الأرض أن يُنفِقوا علىٰ الزرع أو الثمر حتىٰ يدرك ثم يرجعون علىٰ المزارع والعامل بقسطهما من النفقة. مثل هذا: أن يموت المزارع أو العاملِ قبل أن يستحصد الزرع أو يدرك الثمر، فإذا اختار ورثتُهما الفسخَ انفسخ العقدُ، وكان الزرع البقل والثمر البُسْر شركةً بين رب الأرض وورثة العامل، فإذا أنفق عليه ربُّ الأرض رجع بحصَّتِه.

وفي هذه الأمثلة كان المنفق مضطرًّا في النفقة؛ لأنه لم يمكنه استئذانُ القاضي شرعًا، والحكم كذلك لو لم يمكنه استئذانه فعلًا، فإذا هلكت الدابَّةُ التي تحمل متاعًا مشتركًا واكترىٰ الحاضرُ من الشريكَين دابَّةً في غيبة الآخَر؛ لتَحمِل المتاعَ خوفَ هلاكِه أو انتقاصه، فإنَّ تصرُّفَه يجوز علىٰ شريكه، ويكون له أن يرجع عليه بحصَّته من الأُجرة.

بعد هذا، يمكن أن نقول: إنه في كل حالةٍ يضطر الشريكُ إلىٰ النفقة علىٰ حصة شريكِه، يكون له ولايةُ النفقة، وإذًا فله أن يرجع عليه بعوضها[1].

وله في كل الحالات حقُّ حبسِ حصة الشريك حتىٰ يؤدي الشريك نصيبه من النفقة عليها.

١٤- نصوص:

أ- مجمع الضمانات ص٢٨٦:

عند محمد في **طاحونة** بين شريكين، أنفق أحدُهما علىٰ مَرَمَّتِها بغير إذن شريكه، **لا** يكون متبرعًا؛ **لأنه لا يتوصل** إلىٰ الانتفاع بنصيب نفسه إلَّا بذلك.

شرح النفقات: ص٤٦:

قال [الخصَّاف]: والنهر المشترك إذا **امتنع** بعضُهم مِن كَرْيِه، أمر مَن بقي منهم بكَرْيِه ويرجعون علىٰ من امتنع بقسطه من **النفقة**؛ **لأنهم لا يمكنهم الانتفاع إلَّا** بكَرْيِ جميع النهر ولا يصيرون متبرِّعين.

ص٤٦:

فإن كان الزرع بين رجلين فأبىٰ أحدُهما أن يُنفق عليه، **لم يُجبَر** علىٰ ذلك، لكن يقال للآخَرِ: أَنْفِقْ أنت وارجع بنصف **النفقة في حصة شريكك.**

جامع الفصولين ج٢ ص٢٠٦:

عند محمد رَحِمَهُ اللهُ **في حمَّام** بينهما انهدم منه، أو احتاج إلىٰ قِدْرٍ ومرمَّة، وأبىٰ أحدُهما، لا يجبر، ويقال للآخَرِ: إن شِئتَ فابْنِهِ أنت وخُذْ من غلَّتِه نفقتَك، ثم يستويان [إذا انهدمت الدار المشتركة] لو كانت المساحة صغيرة، بحيث لو

---

(١) هذا، وقد جاء في الفتاوىٰ الكاملية ص١٢٢: (قال في جواهر الفتاوىٰ: ابن وبنت ورثا دارًا، فادَّعىٰ مدَّعٍ علىٰ الابن فيها، ولحقه خسران بسبب الدعوىٰ، لا يرجع). وهذا إذا لم تقل الأخت مهما غرمت فعلي منه الثلث بقدر حصتي. وشواهد ذلك كثيرة.

ويبدو أنَّ سبب شذوذ هذا المثال عن تطبيقات النفقة علىٰ الملك المشترك، أنَّ الابن لم يخسر شيئًا يزيد عمَّا كان سيخسره لو اقتصر علىٰ الدعوىٰ في حصته.

قسمت **لا يمكنه البناء في نصيبه** خاصة، فلا يكون متبرعًا، إذًا **لا يجبر شريكه**، **ولا يمكنه القسمة**؛ لعدم احتمالها، فلا سبيلَ لإحياء حقِّه إلَّا إن بنىٰ فكان **مضطرًا**.

في ج٢ ص٩٩:

وفي **الرحىٰ** لو احتاج إلىٰ دابَّة، أو أداة، أو بناء، أقامها ورجع في **الغلة**.

الخيرية: ج٢ ص١٦١:

في العقار الذي **لا يقبل القسمة**؛ كالطاحونة، والحمَّام، والصبانة وغيرها، إذا احتاج إلىٰ **مرمَّة**، وأنفق أحدُ الشريكين إذا **أبىٰ** الشريك العمارة فرَمَّها شريكُه لا يكون متبرِّعًا، ويرجع **بقيمة** البناء بقدر حصَّته ومثل الطاحونة الصبانة؛ إذ الطاحونةُ مثالٌ لما لا ينقسم، لا أنه حُكمٌ خاصٌّ بها.

قاضيخان ج٣ ص١١٣:

قال [الناطفي]: أصلُ هذا النوع أنَّ كلَّ مَن يُجبر علىٰ أن يفعل مع صاحبه، فإذا فعل أحدُهما يكون متطوعًا، وإن كان لا يجبر ففعل، لا يكون متبرعًا.

جامع الفصولين ج٢ ص٢٠٦:

والتحقيق أنَّ الاضطرار **يثبت فيما لا يجبر صاحبه** لا فيما يجبر، فينبغي أن يدور التبرع والرجوع علىٰ الجبر وعدمِه وفاقًا وخلافًا، وقوة وضعفًا، ففيما لا يجبر شريكه وفاقًا يرجع وفاقًا، وفيما يفتىٰ بالجبر ينبغي أن يفتىٰ بالتبرع لو فعله بلا أمر، وهذا يخلصك من التحير مما وقع في **هذا الباب من الاضطراب**(١).

---

(١) نوازل السمرقندي: ورقة ١٨١/ظ، جنة الأحكام: ورقة ٥٨/ب، فتح القدير: ج٥ ص٥٠٢، الأشباه والحموي ج٢ ص٧٥، مجمع الضمانات ص٣١٩، الخيرية: ج١ ص١١٠، الكاملية: ص٥١٤، ومع ذلك فقد جاء في قاضيخان ج٣ ص٢١٧: «ثم في النهر المشترك لو أراد بعض الشركاء الكري وامتنع الباقون، قال أبو بكر بن سعيد البلخي: لا يجبرهم الإمام، ولو حفره الذين طلبوا الحفر كانوا متبرعين». انظر أيضًا: شرح النفقات: ص٤٧، ٤٨.

ب- قاضيخان ج٣ ص١٩٤:

إن مات المزارع والزرع بَقْلٌ **لا يجبر** الوارث علىٰ العمل، ويخير صاحب الأرض إن شاء **ينفق** علىٰ الزرع إلىٰ أن يستحصد **ثم يرجع علىٰ الوارث في حصته.**

ملا مسكين ج٢ ص٢١٢:

إن مات ربُّ الأرض والخارج بُسْرٌ إن قال العامل: أنا آخُذُ نصفَ البسر، فله ذلك، إلَّا أنه لا يملك إلحاق الضرر بورثة رب الأرض فيثبت لهم الخيار إن شاءوا أنفقوا علىٰ البسر حتىٰ يبلغ ويرجعوا بنصف **نفقتهم في حصة العامل** من الثمرة كما في المزارعة.

قاضيخان ج٣ ص١١٩:

ولو دفع نخلًا معاملةً، فمات العامل في بعض السنة، فأنفق صاحب النخل بغير أمر القاضي، لا يكون متبرعًا، ويرجع **بما أنفق في الثمر**، ولو لم يمت العامل، ولكنه غاب فأنفق رب النخل، يكون متبرعًا إلَّا أن يُنفق بأمر القاضي[1]

---

(١) الهداية ج٨ ص٤٤، ٤٨. وقد استشكل الزيلعي (ج ٥ص٢٨٥) رجوع ورثة رب الأرض بقدر حصته. وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعها؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، وكان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلىٰ استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة. وأجاب عنه سعدي جلبي (ج٨ ص٤٨) بأن معنىٰ الكلام: يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه الزيلعي ورد هذا الجواب قاضي زاده: (نفس الموضع) بأن ما قاله سعدي جلبي خلاف ما صرحوا به في هذا المقام، فإن عبارات الكافي للنسفي، وشرحي الكافي للحاكم الشهيد وغاية البيان وغيرها هكذا: وإن شاءوا أنفقوا علىٰ البسر حتىٰ يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة. اهـ. ولا شك أنها صريحة في أن ما يرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها، فأنَّىٰ يتيسر الحمل علىٰ خلاف ذلك؟! انظر أيضًا: البحر ج٨ص١٨٨.

ويبدو أنه يمكن أن يقال: إن للعامل حقًّا فيما خرج، وقد انتهىٰ العقد فانتهت آثاره فيكون أمامنا ملك مشترك ككل ملك مشترك، وهذا الملك المشترك لا يجبر أحد الشريكين علىٰ النفقة عليه بطلب الآخر، فإذا أنفق عليه أحدهما وجب له الرجوع علىٰ شريكه بقسط الحصة من النفقة، علىٰ أن يكون ذلك في قدر الحصة. وهذا -كما نرىٰ- تطبيق للقاعدة العامة التي شرحناها. وانظر أيضًا: المبسوط ج٢٣ ص٤٧، ومجمع الضمانات ص٣١٩.

ج- مجمع الضمانات ص٣٠٠:

ولو كان **بينهما متاع** علىٰ دابة في الطريق فسقطت، فاكترىٰ أحدهما دابة مع غيبة الآخر؛ خوفًا من أن يهلك المتاع، أو ينقص، جاز، ويرجع علىٰ شريكه بحصته(١)

(١) الهندية: ج٢ ص٣٥٠.

٢ - مالك المنفعة ومالك الرقبة

١٥ - وضع المسألة:

يُقصد بالمنفعة هنا معنىٰ واسعٌ يشمل السُّكنىٰ والخدمة والثمرة والغلة، وظاهرٌ أنَّ بقاء المنفعة متوقِّف علىٰ بقاء الرقبة، فإذا كانت المنفعة مِلكًا لشخصٍ والرقبة ملكًا لآخر، فيجب علىٰ مالك المنفعة صيانة الرقبة والنفقة علىٰ حِفْظِها ما دام ينتفع بها؛ لأنَّ الغُنمَ بالغُرم، وما دام لكلٍّ من المالكين حقٌّ علىٰ الملك، فلكلٍّ منهما مصلحةٌ في إحيائه؛ لأن في إحيائه إحياءً لحقِّه، وقد لا يجتمعان علىٰ العمل للمصلحة المشتركة، والشرع لا يُجبرهما علىٰ أن يجتمعا علىٰ ذلك، فيتحقق الاضطرار في استقلال أحدهما بالنفقة لإحياء الملك الهالك إذا أبىٰ الآخر أن يعاونه عليها.

١٦- نفقة مالك المنفعة:

إذا انهدمت الدار الموصىٰ بمنفعتها مثلًا، فللموصي بمنفعتها -كسُكناها مثلًا- أن يبنيَها ويسكنها، فإذا انقضت مدَّة السكن لم يكن لمالك الرقبة أن يأخذها حتىٰ يدفع قيمة البناء؛ لأنَّ البناء مِلكُ بانِيهِ، والباني ولو أنه تصرف في ملك غيره، إلَّا أنَّ الاضطرار الحِسِّي -وهو الحاجة إلىٰ إحياء منفعته- قد لاقىٰ الاضطرار الشرعي، وهو أنَّ مالك الرقبة لا يجبر علىٰ بنائها لو كان حاضرًا، ولا يأمر القاضي بالبناء علىٰ حسابه لو كان غائبًا، فقد تحقَّقت الضرورة التي تُجيز للشخص أن يتصرف في مِلك غيره.

وهنا لا تترتب النفقة دينًا في ذِمَّة المنفَق عنه، فلو فُرض أنَّ البناء هلك، لَمَا وجب علىٰ مالك الرقبة شيءٌ، ولو كانت قيمته أقلَّ مما أنفق فيه، لما وجب الرجوع بأكثر من القيمة، ولو كانت القيمة أكثرَ لَوجب الرجوع بكاملها. ويمكن أن نكيِّف المسألة بأنَّ البناء ملك الباني، ولكن يكون للآخر تملُّكُه بقيمته طبقًا لفكرة التملك القهري.

ويحتمل أن يقال: إن القيمة وجبت عليه؛ لأنها أثرُ تصرُّفٍ كان للمتصرف الولايةُ عليه، ولكن له حق التحلل من هذا الواجب بالتخلِّي عن قدرها من الرقبة. وإن كان يضعف هذا الاحتمال أن الواجب قيمة لا نفقة، إلَّا أنه يؤيِّده أنه لو كان بدل الدار عبدًا أوصىٰ بخدمته مثلًا، فإذا جنىٰ ولم يَفدِهِ مالكُ رقبتِه، فإنَّ لمالك منفعته أن يفديه ولا يكون متبرعًا بالفداء؛ لأنه فعل ذلك مضطرًّا، إذ لو لم يَفدِهِ لَفات حقُّه في الانتفاع به، ولو طلب إجبار مالك الرقبة علىٰ فدائه لم يُجَبْ إلىٰ طلبه، وفي هذه الحالة بعد الفداء يبقىٰ العبد علىٰ ملك مالك رقبته، ولا يكون له أن يأخذه حتىٰ يدفع ما بذل في فدائه، فإن أصرَّ علىٰ إبائه الفداءَ، أو تعويض الفادي، كان لهذا الأخير أو لورثته بيعُه في قيمة الفداء، فيأخذون مقدار الفداء ويكون الباقي لمالك رقبته، فإن كان الفداء أكثرَ لم يرجعوا بالزائد.

١٧- نفقة مالك الرقبة:

إذا عدمت المنفعة؛ بأن أحال النخل المنتفَع به مثلًا، فالغالبُ أن ينقطع مالك المنفعة عن النفقة علىٰ الرقبة، وإذا انقطع عن ذلك لم يُجبر عليه إن كان حاضرًا، ولا يأمر القاضي بأن ينفق علىٰ حسابه لو كان غائبًا، فتتحقق الضرورة بالنسبة لمالك الرقبة إذا احتاج إلىٰ الإنفاق عليها لحفظها. فإذا أنفق مالك الرقبة بعد انقطاع صاحب المنفعة عن النفقة لامتناعه أو غيابه، فإنه لا يعتبر متبرعًا، بمعنىٰ أنه إذا أغلت الرقبة كان له أن يرجع بقدر ما أنفق في الغلة وإن كانت الغلة مِلكًا للمنتفع لا له، فإذا استوفىٰ نفقته خلصت الغلة لمالك المنفعة، ولكن لو هلكت الغلة أو لم تَفِ بالنفقة، فلا رجوعَ لمالك الرقبة بشيء علىٰ المنتفع، فرجوعُه محصور في المنفعة:

١٨- نصوص:

أ- شرح النفقات ص٤٤:

فإذا انهدمت **الدار كلها** وقال صاحب السكنىٰ: أنا أبنيها وأسكنها، كان له ذلك **ولا يصير متبرعًا؛ لأنه لا يصل إلىٰ حقه** إلَّا بهذا **وهو مضطر فيه**، وصار كصاحب العلو والسفل فإن انقضت السُّكنىٰ، ينظر إن اجتمعا علىٰ أن يكون البناء لصاحب الرقبة ويعطيه قيمتها، يجوز؛ لأنَّ البناء كان **ملك صاحب السكنىٰ، فإذا باعه من صاحب** الرقبة جاز، وإن لم يجتمعا عليه كان له أن ينقض البناء كما في المشتري إذا بنىٰ ثم جاء الشفيع، كان الجواب علىٰ هذا الترتيب كذا هنا.

الأصل (د): الوصية في الغلة والخدمة:

وإذا جنىٰ العبد الذي أوصىٰ بخدمته جنايةً، فالفداءُ علىٰ صاحب الخدمة، فإنْ فَدَاهُ كان علىٰ حاله يخدمه، وإن مات صاحب الخدمة انقضت الوصية، وقيل لصاحب الرقبة: أَدِّ إلىٰ ورثة صاحب الخدمة الأَرْشَ الذي فدىٰ به صاحبهم العبد، فإنْ أبىٰ ذلك، يبيع العبد في ذلك، وكان بمنزلة الدين في عنقه[(١)]

ب- الأصل (د) الوصية في الأرض والبستان:

وإذا أوصىٰ الرجل بغلة نخله أبدًا فإذا حمل عامًا واحدًا ثم أحال فلم يحمل، فإن النفقة علىٰ صاحب الغلة **فإن لم يفعل** وأنفق صاحب الرقبة عليه حتىٰ يحمل، فإنه يستوفي **نفقته من ذلك الحمل.**

البدائع: ج٧ ص٣٨٦:

وإذا كانت النفقة علىٰ صاحب الغلَّة فلم ينفق، وأنفق صاحب الرقبة عليها حتىٰ حملت، فإنه يستوفي **نفقته من ذلك الحمل**، وما يبقىٰ فلصاحب الغلة؛ لأنَّه فعل ذلك **مضطرًّا** لإصلاح مِلك نفسه ودَفْعِ الفساد عن ماله فلم يكن متبرعًا، فله

---

(١) البدائع ج٧ ص٣٨٧، ومجمع الضمانات ص٤٥١، والهندية (الطبعة الثانية) ج٦ ص١٢٥.

أن **يرجع فيما حملت**؛ لأنه إنما حصل هذه الفائدة بسبب نفقته، ولو هلكت الغلة قبل أن تصل إلىٰ صاحبها، ليس له أن يرجع عليه بما أنفق؛ لأنَّ هذا ليس بدينٍ واجب عليه، وإنما هو شيءٌ يُفتىٰ به ولا يُقضىٰ[1]

---

(١) المبسوط ج٢٣ ص٥٢، قاضيخان ج٣ ص١١٩، ومجمع الضمانات ص٣٤٩.

٣ - من له حق ارتفاق

١٩- وضع المسألة:

ليس من اللازم أن يكون الشخص شريكًا ليضطر إلىٰ التصرف عن غيره، أو في ملك غيره؛ فقد يكون له حق متصل بملك آخر، فبقاؤه مرهون ببقائه، فإذا كان له حق العلو علىٰ سفل لآخر، أو وضع الخشب علىٰ جداره، أو له حق ارتفاق آخر علىٰ ملكه، فلا سبيلَ إلىٰ إحياء هذه الحقوق أو دفع الخطر عنها إلَّا بحياة الملك الذي ترتبت عليه، واندفاع الخطر عنه، فإذا لم يُحْيِه أو يَحْمِه صاحبُه إمَّا لغيبته أو لامتناعه -والحاكم لن يأمره بذلك في حضوره عند امتناعه، ولن يقوم مقامَه في الإذن بالنفقة علىٰ حسابه في غيابه- فقد لاقىٰ الاضطرار الحسي الاضطرار الشرعي، وقد عَهِدنا أنَّ اجتماعهما يحقِّق الضرورة التي تجعل للشخص التصرف عن الغير، أو التصرف في ملك الغير.

٢٠- العلو والسفل:

إنَّ مِلك ذي العلو ممتازٌ عن ملك ذي السفل، إلَّا أنَّ لكلٍّ منهما حقًّا في ملك الآخَر، لذي العلو حق قراره، ولذي السفل حق دفع المطر والشمس عن السفل[1]، فلو انهدم السفل بدون فعل مالكه، لَفات حقُّ ذي العلو، ولكن لا يحق له جبرُ ذي السفل علىٰ إقامة سفله؛ إذ لو أجبر إنما يجبر لحقه أو لحق

(١) جامع الفصولين ج٢ ص٣٠٧.

ذي العلو لا وجه للأول وهو ظاهر، ولا للثاني؛ إذ حقُّه فات بلا تعدٍّ من ذي السفل[1] فإذا امتنع صاحب السفل عن بنائه أو غاب فلم تمكن دعوته إلىٰ بنائه، فإنَّ لصاحب العلو استحسانًا، أن يبني السفل ليُقيم عليه علوه، ثم يرجع علىٰ صاحب السفل بعوض بنائه، وقد اختُلف في تحديد هذا العوض، فرأيٌ قال: إنه مقدار ما أنفق في البناء؛ سواءٌ زاد عن قيمته أو نقص. وقيل: إن هذا هو ظاهر الرواية. ورأيٌ آخَر قال: إنه قيمة البناء. وأصحاب هذا الرأي اختلفوا، هل تُحسب قيمة البناء من وقت البناء أم تُحسَب من وقت الرجوع؟ والصحيح -كما يقول الكمال بن الهمام- أنها تُحسَب من وقت البناء.

وعلىٰ كلٍّ، فلا تلزم صاحب السفل ما لم يطلب أَخْذَ السفل. وقد اختُلف في تصوير هذه المسألة، وتفسيرها في ضوء القواعد العامة؛ فتُصوِّرُها بعض النصوص كما يأتي:

الضرورة أجازت لصاحب العلو أن يتصرَّف بالبناء في مِلك صاحب السفل؛ أي في أرضه، فلمَّا بَنَىٰ كان ما بَنَاهُ مِلكًا له، ملتصقًا بملك الغير ولكنَّه ملك محترم، واختلاطه بملك الغير يمنع هذا الغيرَ حقَّ تملُّكِه طبقًا لفكرة «التملك القهري»، وطبقًا لهذه الفكرة يكون التملك بدَفْعِ بدل الشيء المتملَّك.

يؤيِّد هذا التصوير، أنه يتَّفق مع القياس، وأنَّ العوض لا يترتب في ذِمَّة صاحب السفل؛ بمعنىٰ أنَّه لو هلك المبنىٰ لم يجب علىٰ صاحب السفل شيءٌ، ثم ما قيل من أنَّ العوض الواجب القيمةِ لا النفقة.

ويُضعفه أنَّ الصحيح في حساب القيمة، أنَّ تعتبر وقت البناء لا وقت الرجوع، وفي ذلك دليلٌ علىٰ أنَّ البناء كان علىٰ ملك الباني.

وتصوِّرُها نصوصٌ أخرىٰ كالآتي:

صاحب العلو وإن لم يمكن وليًّا لصاحب السفل ولا وكيلًا عنه، فإنَّ الضرورة تجعل له ولاية التصرف عنه، وما دام التصرف نافعًا له وتَرْكُه ضارًّا لغيره

---

(١) جامع الفصولين ج٢ ص٣٠٧.

فإذنه فيه مفترض، ولو أذن به صريحًا لَوجب عليه عوضه، فكذلك إذا أذن به دلالة[1].

يؤيد هذا التصوير، ما قيل من أنه يرجع فيه بالنفقة لا بالقيمة، ويضعفه أن الإذن المفترض لا يتحقق مع إباء صاحب السفل، فالإذن دلالة لا يقوم في مقابل المنع الصريح، إلَّا أن يقال: إنه بامتناعه مُتَعَنِّتٌ فلا اعتبارَ له.

وعلىٰ كلٍّ، فحتىٰ لو أخذنا بالتصوير الثاني، فإنَّ لصاحب العلو أن يحبس السفلَ ويمنع صاحبه مِن أَخْذِه حتىٰ يدفع إليه العوض، علىٰ ما شرحنا.

٢١- نصوص:

الأصل (ج) ورقة: ١٧٥/ب:

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا انهدم العلو والسفل جميعًا، **لم يُجبر** صاحب السفل علىٰ بنائه، ولصاحب العلو أن يبني السفل والعلو فوقه، ولا يسكن صاحب السفل منزله حتىٰ يؤدِّيَ **قيمة البناء** إلىٰ صاحب العلو.

المبسوط: ج٣ ص١٩٢:

أنه **استحسان**، وليس له في **القياس** أن يبني السفل؛ **لأنه** يضع البناء في ملك غيره، ولا **ولاية له علىٰ الغير** في وضع البناء في ملكه، ولكنه استحسن ذلك **لدفع الضرر عنه**؛ فإنه لا يتوصل إلىٰ بناء علو والانتفاع به ما لم يَبْنِ السفل، هذا القياس **والاستحسان في الحائط** المشترَك أيضًا.

شرح النفقات ص٤٦:

ثم إذا رجع بماذا يرجع؟ ذكر القاضي [الأسبيجابي] أنَّ صاحب العلو يرجع علىٰ صاحب السفل **بقيمة السفل** مبنيًّا، لا بما أنفق، وذكر في فتاوىٰ

(١) يقرب من هذا الرأي في الفقهاء المحدثين الأستاذ المحمصاني ج١ ص٧٩، أما الأستاذ السنهوري ج١ ص٥٨، والأستاذ شفيق شحاته فقرة ٢٥١، فيذكران أن سبب الرجوع في هذه الحالة وفي حالة الحائط المشترك، الإثراء بلا سبب.

الفضلي: في الحائط المشترك أنه يرجع بنصف **ما أنفق**، وفي العلو والسفل **يرجع بما أنفق**، واستحسن بعض المتأخرين من مشائخنا فقال: إنْ بنىٰ بأمر القاضي، يرجع بما أنفق، وإن بنىٰ بغير أمر القاضي يرجع بقيمة البناء، **وبه نفتي**.

قاضيخان ج٣ ص١٠٩:

ذكر الناطفي كان له أن يمنع صاحب السفل أن يسكن في سفله حتىٰ يعطي صاحب العلو ما أنفق في السفل، ويكون السفل بيده بمنزلة **الرهن**.

فتح القدير ج٥ ص١٢٠:

كان في بنائه إيَّاه **مضطرًّا** ليصل إلىٰ حقه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكن حتىٰ يؤدي قيمته، واختُلف في أنَّ القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع؟ **والصحيح: وقت البناء**.

الحموي ج١ ص١٢٠:

والصحيح وقت البناء، [والخلاف] مبني علىٰ أنَّ المبنىٰ يُبنىٰ علىٰ مِلك الشريك، أو علىٰ ملك الباني ثم ينتقل عنه.

البدائع ج٦ ص٢٦٤:

ذكر القاضي [الأسبيجابي] أنه في **ظاهر** الرواية يرجع بما أنفقه، وكذا ذكر الخصاف؛ لأنه لمَّا لم يقدر علىٰ الانتفاع بالعلو إلَّا ببناء السفل ولا ضرر لصاحب السفل في بنائه، بل فيه نفعٌ، **صار مأذونًا بالإنفاق من قبله دلالة**، فكان له حق الرجوع **بما أنفق**.

جامع الفصولين: ج٢ ص٢٠٨:

البناء ملك الباني لبنائه بغير الأمر كغاصب، إلَّا أنَّ الغاصب مُتعدٍّ في البناء وذو العلو محقٌّ في البناء؛ لأنه مضطر إليه لإحياء حقه ثم إذا أدَّىٰ قيمة بنائه مَلَكَ البناء، وإنما جاز له تملُّكُ البناءِ علىٰ الباني بلا رضاه؛ إذ ليس له نقضُ هذا البناء، كما أنَّ الباني غيرُ متعدٍّ فيه، فبعد هذا إمَّا أن يتملَّك ربُّ البناء الأرض، أو ربُّ الأرضِ البناءَ، وتملُّكُ البناءِ أهونُ؛ إذ البناءُ تابعٌ

والأرض أصلٌ، فلذا يتملكه بالقيمة وهو **ظاهر الرواية**[١].

٢٢- الحائط المشترك:

إذا كان حائطٌ بين بيتين لمالِكَين، فقد يكون أصلُه لأحدهما وللآخَر حقُّ وضعِ الخشب عليه فقط، وقد يكون مشتركًا بينهما، والحكمُ -فيما يبدو- واحدٌ بالنسبة للنفقة علىٰ الحائط المتهدِّم، وإن كانت النصوص في غالبيَّتِها تعالج المسألة بافتراض أنَّ الحائط مشترك.

فحتىٰ لو كان الحائط مشتركًا وانهدم، لم يُجبر أحدُهما علىٰ بنائه، فإن كانت عَرْصَتُه تقبل القسمة بحيث يمكن لكلٍّ منهما أن يبني حائطًا في نصيبه يختص به، ويقوم بحاجته، لم تتحقَّق الضرورةُ في النفقة عن صاحبه إذا أبىٰ النفقةَ في بناء الحائط. أمَّا إذا كانت أرض الحائط لا تقبل القسمة، فلا شكَّ أنَّ أحد المنتفعَين بالحائط إن أراد إقامتَه وامتنع الآخَرُ، سيكون مضطرًّا للقيام بنصيب الآخَرِ من النفقة، فإذا أنفق وبنىٰ الحائط، كان الحكمُ فيه علىٰ نحو ما مرَّ في العلو والسفل؛ أي أنَّ له الرجوعَ علىٰ صاحبه بحصَّتِه من النفقة باعتبار أنه أنفق مضطرًّا، وقد اختلف هنا أيضًا في تحديد الرجوع، وهل يكون بقيمة المبني، أم بمقدار ما أنفق فيه؟ وقد حمل الكمال بن الهمام القولَ الأوَّلَ علىٰ ما إذا كان البناء بغير أمر القاضي، وحمل الثاني علىٰ ما إذا كان البناء بأمره، وبهذا جمع بين الرأيين.

وتصوير المسألة علىٰ نحو ما تقدَّم في مسألة العلو والسفل، فلا نُكرِّره.

٢٣- نصوص:

نوازل السمرقندي، ورقة: ١٨١/ ظ:

رُوي عن **محمد بن سلمة** أنه سُئل عن حائطٍ بين اثنين ولهما **عليه جذوع وحمولة**، فانهدم الحائطُ فبَنَاه أحدُهما **وأبىٰ الآخَرُ**، ثم إن الذي بناه وضع عليه

---

(١) قاضيخان: ج٣ ص١١٤ و٣١٥، الرملي علىٰ الفصولين: ج٢ ص٢٠٨، الخيرية: ج٢ ص٢٠٣، مجمع الضمانات: ص٢٨٧، ٢٩١.

جذوعًا، وجاء الذي لم يَبْنِ وأراد أن يضع عليه جذوعه، قال: له أن يمنعه حتىٰ **يأخذ نصف ما أنفق في الجدار** قال: وهذا قولُ أصحابِنا.

وفي ورقة: ٢٨٢/ظ:

سُئل محمد بن شجاع عن رجلٍ له حائطٌ وجهُه في دار رجل انهدم فبناه أحدُهما قال: إنْ بناه بغير إذنِه فإنه يمنع صاحبه مِن وضعِ الحمولة حتىٰ يُعطِيَه نصف **قيمة** بناء الحائط، فيُبنىٰ [كذا] بحق القرار، وإن بناه بإذنه، فليس **له منعُه** من وضع الحمولة عليه، ولكن يرجع عليه بنصف **النفقة** التي ذهبت في بنائه، وهذا الجواب إذا كان الحائط لا يحتمل أصلُه القسمة.

جنة الأحكام، ورقة: ٥٨/ب:

بناه أحدُهما **وأبىٰ الآخَرُ . . . له أن يمنعه** حتىٰ يأخذ منه **نصف ما أنفق.**

قاضيخان: ج٣ ص١١٤:

قال الفقيه أبو جعفر: إنْ بناه بغير إذن صاحبِه، كان له أن يمنع صاحبَه مِن وضع الحمولةِ حتىٰ يُعطِيَه نصف **قيمة الحائط مبنيًّا بحق القرار.**

ج ٣ ص١٠٨ - ١٠٩:

قال أبو بكر الإسكاف يضمن له نصف **ما أنفق** في البناء؛ قال الشيخ أبو نصر محمد: إنَّ الفضل رحمه الله تعالىٰ يرجع عليه بنصف ما أنفق إن بناه بأمر القاضي، وبنصف قيمة البناء إن بناه بغير أمر القاضي.

فتح القدير: ج٥ ص٥٠٤:

لو حمل كون الرجوع بقيمة البناء علىٰ ما إذا كان بلا قضاء، وقول الخصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق علىٰ ما إذا كان بقضاء، ارتفع الخلاف، فليكن هو المحمل.

المبسوط ج٣٠ ص١٩٢:

بعد ما يرد عليه نصف **قيمة البناء؛ لأنَّ البناء ملك الباني،** فيكون له أن

يمنع صاحبه من الانتفاع به حتىٰ يرد عليه قيمة البناء، فإنْ ردَّ ذلك يعتبر **متملكًا عليه** نصف البناء بنصف قيمته.

شرح النفقات: ص٤٦:

وليس المراد أنه لا يرجع، بل يمنع صاحبه حتىٰ يؤدي حصَّتَه، بل المراد هنا حكمان:

أحدهما: أن يرجع عليه، **والثاني**: أن يمنعه عن وضع الحمولة حتىٰ يؤدي ما يرجع به عليه[1]

٢٤- حقوق الارتفاق الأخرىٰ:

حقوق الشرب والشفة والمسيل والمجرىٰ والمرور كحق العلو؛ قيامُها مرهونٌ بقيام الملك الذي حمل بها، وبالتالي فيبدو أنه كان يجب أن يكون الحكم فيها بشبه من الأحكام السابقة، إلَّا أنَّ نصوص المذهب الحنفي لا تتعرَّض لها إلَّا نادرًا، والظاهر أنَّ السبب في ذلك أنه لا يُتصور فيها اضطرارٌ حسي كذلك الذي تصوَّرناه في مسألة العلو والسفل والحائط بين دارين، ولو تصور لَمَا بَعُدَ حكمُ هذه عن تلك.

هذا، وتصرح النصوص بأنه لو انعكس الأمرُ فكان الذي قام بالنفقة والإصلاح هو صاحب الملك المحمل بحقوق الارتفاق لَمَا حُقَّ له أن يطالب صاحب حقِّ الارتفاق بشيءٍ من نفقة العمارة والإصلاح.

٢٥- نصوص:

البزازية ج٦ ص١١٧:

له مجرىٰ ماء علىٰ سطح دارٍ فخرَّ بالسطح، فإصلاحُه علىٰ ربِّ السطح كالسفل مع العلو، ولا يجبر علىٰ العمارة، ويقال للذي له حق الإجراء: ضع

---

(١) نوازل السمرقندي، ورقة: ١٨١/ظ وب، ورقة: ٢٨١/ظ، قاضيخان ج٣ ص١١٢، ١١٥، ابن نجيم ص١٧٧، الحموي ج١ ص١٢٠، جامع الفصولين ج٢ ص٢٠٤-٢٠٦، مجمع الضمانات ص٢٩١.

ناوقًا[1] في مقام الجري علىٰ السطح لينفذ الماء إلىٰ مَصَبِّه.

وفي ص٤١٥:

دار لجارَيْن سطحُ أحدِهما أعلىٰ والآخر أسفل، ومسيل الأولىٰ علىٰ السفلي أن انهدم السفلي أو هدمه المالك، لم يملك **الأعلىٰ تكليفَه بالعمارة**، وإسالة الماء، بل يعمره بماله **ويمنعه من** الانتفاع حتىٰ **يعطيه ما أنفق**.

الخيرية: ج٢ ص٢٠٣:

معصرة لرجل ولآخَرَ حقُّ المرور علىٰ سطحها، انهدم جانبٌ منه **لا** يلزم صاحب الممرِّ في عمارة ما انهدم من سطح المعصرة **بإجماع العلماء**؛ إذ ليس له فيه حقٌّ إلَّا حقَّ المرور، وقد صرَّح علماؤنا بأنه: لو انهدم السفل فانهدم العلو، ليس علىٰ صاحب العلو عمارةٌ، وله إذا بنىٰ صاحب السفل سفلَه أن يُعيد علوه كما كان، **وليس عليه شيء ممَّا أنفق صاحب السفل علىٰ سفله**.

(١) الناوق: خشبه منقورة يجري عليها الماء.

٤- المرتهن

٢٦- وضع المسألة:

في المذهب الحنفي يتحمَّل المرتهن تبعة هلاك الرهن أو نقصه، في قدر الدين المرهون به مع بقائه ملكًا للراهن، فما خسره المرتهن في حماية الرهن أو في إصلاحه أو في إحيائه، فلا محلَّ للقول برجوعه به علىٰ الراهن؛ لأنَّ ذلك يتنافىٰ مع عدم تحمُّلِه تبعتَه.

ولكن إذا كانت قيمة الرهن أكثرَ من قَدْرِ الدين، فإن ما زاد يتحمل الراهن تبعةَ هلاكِه أو نقصِه، ولا يتحمَّلُه المرتهن؛ لأنَّ الزائد في يده أمانةٌ لها حكمُ سائرِ الأمانات.

فقد يخرب الرهن، أو يمرض، أو يَأْبَقَ، أو يجني؛ فنفقاتُ الإصلاح والعلاج وجعل الرد وفداء الجناية «تنقسم علىٰ المضمون والأمانة»[1]، بقدر كلٍّ منهما، فيؤدي المرتهن ما يلحق الجزء المضمون، والراهن ما يلحق الجزء الأمانة. فإذا أدَّىٰ المرتهنُ نصيبَ الأمانة حين تعذَّر أداء الراهن لإبائه أو إفلاسه أو غيبته، فهل يستحق الرجوع عليه؟ يبدو أن قاعدة الضرورة التي مرَّت بنا عدَّة تطبيقات عليها تسمح بذلك.

ولكن النصوص تقتضب الكلام في هذا الشأن، فيما عدا مسألة الفداء، فهل يكون الحكم واحدًا؟ لا أرىٰ مانعًا من ذلك.

---

(١) الهداية ج٨ ص٢١٣.

٢٧- فداء الرهن:

إذا جنىٰ الرهن الذي تزيد قيمتُه عن قَدْرِ الدَّين ففَدَاهُ المرتهن، فقد اختلف في المذهب الحنفي في شأن الرجوع علىٰ الراهن بقسط الجزء الأمانة منه من الفداء، اختُلف في ذلك بناءً علىٰ أنَّ الضرورة قد تحقَّقت في دَفْعِ المرتهن ما وجب علىٰ الرهن، أو أنها لم تتحقَّق.

يرىٰ أبو حنيفة أنه يستحق الرجوع إذا فدىٰ والراهن غائب لتعذُّر مخاطبتِه حينذاك، ولمَّا كان المرتهن محتاجًا إلىٰ إصلاح الجزء المضمون ولا يمكنه ذلك إلَّا بإصلاح الجزء الأمانة، ولا سبيل إلىٰ مطالبة الراهن لغيابه، والقاضي لن يأمر بإجراء ذلك لحسابه؛ فقد تحقَّقت الضرورة، فلا يحكم عليه بالتبرع في نصيب الراهن، ويرجع عليه الراهن بحصَّتِه من الفداء، وهذا هو ظاهر الرواية.

وقد رُوي عن أبي حنيفة أنَّ الراهن إذا كان حاضرًا، فالمرتهن لا يكون متطوِّعًا في الفداء، وإن كان غائبًا كان متطوعًا فيه، ووجهُه أنَّ المجني عليه لا يخاطب المرتهن في حال غيبة الراهن؛ لأنه ليس بمالكٍ ولا يقدر علىٰ الدفع، ولا يتمكن مِن أَخْذِ العبد منه ما لم يحضر الراهن، فلا حاجة له إلىٰ الفداء، فإذا فداه من غير حاجةٍ إليه كان متطوعًا، وأمَّا في حال حضرته؛ فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع أو الفداء، ولا يتوصل المرتهن إلىٰ استدامة يده إلَّا بالفداء فكان مضطرًّا إليه، فلا يكون متطوعًا، كمُعير الرهن وصاحب العلو إذا بنىٰ السفل ثم بنىٰ عليه علوه(١).

وعلىٰ كلٍّ، فمتىٰ قيل باستحقاق المرتهن الرجوعَ علىٰ الراهن، فما وجب الرجوع به يكون كدين عادي؛ بمعنىٰ أنه ليس للمرتهن حبسُ الرهنِ فيه، وبهذا يختلف هذا التطبيق عن التطبيقات السابقة التي عهدنا فيها أنه يكون للمُنفِق حبسُ ما أنفق عليه وحيي بالنفقة، حبسه فيها. أمَّا أصحابُ أبي حنيفة؛ أبو يوسف ومحمد وزُفَر، فيرون أنَّ الضرورة لم تتحقَّق في دَفْعِ المرتهن ما وجب علىٰ الراهن، فعلىٰ هذا يعتبر متطوعًا، فيُحكم عليه بالتبرع بما دفعه؛ سواءٌ في ذلك أن

---

(١) الزيلعي ج٦ ص٩٣.

يدفع في غيبة الراهن أم في حضوره، فبيانُ عدمِ تحقُّق الضرورة أنَّ الراهن يجبر علىٰ فداء الجزء الأمانة متىٰ أجاز المرتهن الفداء، والمرتهن في دفعه الفداءَ لا يصلح ملكه؛ لأن لا ملك له في العبد، ولا يحييٰ حقَّه؛ لأنَّ لا حقَّ في الجزء الأمانة. والخلاصة؛ أنَّ هذا التطبيق دليلٌ علىٰ أنَّ المدار في الرجوع وعدمِه علىٰ تحقُّق الضرورة وعدمِها.

فحيث دخل التطبيقُ مجالَ الضرورة، جاز التصرفُ عن الغير، وكأثرٍ لذلك، يستحق مَن دفع عنه الرجوعَ عليه(١)

٢٧م- ويقرب من هذه المسألة، مسألةُ شراءِ العبد -مثلًا- ممن اشتراه أو وقع في قسمه في الغنيمة بثمنه أو بقيمته، فإذا حضر مرتهنه بعد القسمة مثلًا، فإن له أن يأخذ ممن وقع في قسمه بقيمته، ثم يرجع علىٰ الراهن بقسط ما دفع من جزء الأمانة، ويتحمل هو ما دفع عن الجزء المضمون. هذا في رأي أبي حنيفة، أمَّا في رأي أصحابه، فلا يرجع علىٰ الراهن بشيء. ثم إنَّ للمرتهن إن قبل برجوعه في هذه المسألة أن يحبس الرهن في مقدار ما دفع مما وجب الرجوع به علىٰ الراهن، فتتفق هذه المسألةُ في هذا مع التطبيقات الأخرىٰ، وتختلف مع أصلها الفداء من الجناية.

٢٨- نصوص:

الجصاص (ب): ورقة ٣٤٦/ ب - ٣٤٧/ ظ:

قال محمد: ولو غاب الراهن ففداه المرتهن، ثم حضر الراهن، رجع بنصف الفداء في **قياس** قول **أبي حنيفة**، وأمَّا في قول **أبي يوسف ومحمد**؛ فإنه لا يرجع علىٰ الراهن بشيء من الفداء، وهو متطوع في فدائه، قال أبو بكر [الجصاص]: احتجَّ **أبو الحسن** [الكرخي] فيه بأنه **لمَّا لم يمكنه قبضُ** المضمون من الراهن إلَّا بالفداء، لم يكن متطوعًا.

---

(١) لهذا، لا يعتبر الراهن متبرعًا إذا دفع ما يجب علىٰ المرتهن من الفداء. في المبسوط ج٢١ ص١٨٣: (لأنه قصد بالفداء تطهير ملكه). وفي البدائع ج٦ ص١٦٦: (لما أبىٰ [المرتهن] الفداء والراهن محتاج إلىٰ استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك إلَّا بالفداء، فكان مضطرًا في الفداء فلم يكن متبوعًا، فكان له أن يرجع علىٰ المرتهن بما فدىٰ، وله علىٰ الراهن مثله فيصير قصاصًا).

المبسوط: ج٢١ ص١٨٣-١٨٤:

ولو فداه المرتهن **والراهنُ غائبٌ، فهو جائز**؛ لأنه لا ضررَ علىٰ الراهن في هذا الفداء، وهو لا يكون في هذا الفداء دون أجنبي آخر، إلَّا أنَّ المجني عليه لا يُجبر علىٰ قبول الفداء من الأجنبي، ويجبر علىٰ قبوله من المرتهن؛ لأنه **يقصد به إصلاح** رهنه وإحياء حقِّه، فيكون في ذلك كالمالك. وعلىٰ **قول أبي حنيفة،** لا يكون هو متطوعًا في نصيب الراهن، فيرجع علىٰ الراهن بنصف ذلك الفداء، **ولا يكون العبد به رهنًا**؛ لأنَّ هذا **بمنزلة الزيادة في الدين،** فلا يثبت فيه حكم الرهن، بخلاف ما إذا كان الراهن **حاضرًا،** فالمرتهن يكون متطوعًا في نصيب الراهن في الفداء ولا يرجع عليه بشيء. وروىٰ زفر عن أبي حنيفة ﷺ عكس هذا وعلىٰ قول أبي يوسف ومحمد، المرتهن متطوع في الفداء . . . ؛ لأنَّ نصف الرهن أمانةٌ في يد المرتهنِ؛ كالوديعة، والمودع إذا فدىٰ الوديعة من الجناية كان متطوعًا؛ وهذا لأنه **تعيَّن التزامُه** باختياره من غير أن يكون **مضطرًّا** إليه ومجبرًا عليه وأبو حنيفة يقول: المرتهن أحدُ مَن يخاطب بالفداء في هذه الحالة، فلا يكون متبرعًا فيه كالراهن المرتهن **قصد الفداء إحياء حقِّه؛** لأنه لا يتوصل إلىٰ حبس العبد واستدامة اليد عليه بحكم الرهن إلَّا بالفداء. ثم في ظاهر الرواية قال: هذه الحاجة له عند غيبة الراهن، فأمَّا عند حضرة الراهن، فهو متمكِّنٌ من استطلاع دائنه [كذا][1]، والمطالبة بالمساعدة معه، أمَّا علىٰ الفداء أو الدفع، وفي حالة غيبة الراهن يعجز عن ذلك، فيكون محتاجًا إلىٰ الفداء؛ فلهذا لم يكن في الفداء متطوعًا عند **حاجته إليه، وهو بمنزلة أحد المشتريين** إذا قضىٰ البائعُ جميعَ الثمنِ والآخَرُ غائبٌ وعلىٰ الرواية الأخرىٰ، يقول في حالة غيبة الراهن لا حاجةَ له إلىٰ الفداء؛ لأنَّ المجني عليه لا يخاطب بالدفع، ولا يتمكن من أَخْذِ العبد منه ما لم يحضر الراهن فيكون متبرعًا في الفداء، فأمَّا في حضرة الراهن فالمجني عليه يخاطب بالدفع أو الفداء، ولا يتوصل المرتهن

(١) الظاهر أن أصل الكلمة: رأيه.

إلىٰ استدامة يدِه إلَّا بالفداء، فلا يكون متبرعًا فيه؛ **كصاحب العلو إذا بنىٰ السفل** ثم بنىٰ عليه علوه، لا يكون متبرعًا في حق صاحب السفل.

البابرتي ج٨ ص٢٣٨:

قوله: «وإن غائبًا»، ذكر في «الأسرار» أنَّ المراد الغيبة المنقطعة.

الهداية: ج٨ ص٢٣٨:

وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله: المرتهن متطوع في الوجهين؛ لأنه فدىٰ ملك غيره بغير أمره، فأشبه **الأجنبي**.

البحر: ج٨ ص٣٠٩:

وعندهما لا يرجع في الحالين؛ **لأنه قضىٰ دينًا** عن غيره بغير أمرِه، **وهو غير مضطرٍّ فيه**: أنَّ الراهن يجبر علىٰ فداء النصف، متىٰ أجاز المرتهن الفداء، ولا يصلح ملكه، ولا يحيي حقه؛ لأنَّ لا ملك له في العبد ولا حقَّ له في نصف الأمانة، وله أنَّ للمرتهن في نصف الأمانة حقَّ الحبس والإمساك إن لم يكن مضمونًا عليه، وهو محتاج إلىٰ إحياء حقِّه وإصلاحه، وفي الفداء إحياءُ حقِّه من وجه، فإنه يصل إلىٰ حقِّه بإمساكه فيكون محتاجًا إلىٰ الفداء، فلا يوصف بالتبرع.

مجمع الضمانات ص١١٦:

وله أن يرجع علىٰ الراهن بدينه ونصف الفداء، لكنه يحبس العبد رهنًا بالدين، وليس له حبسُ العبد بالفداء بعد قضاء الدين.

شرح السير الكبير: ج٣ ص١٣٤-١٣٥:

إن حضر المرتهن بعد القسمة، فإن شاء أخذه [العبد الواقع في القسم] بقيمته . . .، وعند أبي حنيفة يكون للمرتهن **أن يرجع علىٰ الراهن** بنصف الفداء [إذا كانت قيمته ضعف الدين]، **ولا يدفع** العبد إليه حتىٰ يقبض ذلك، وهذا نظير الفداء من الجناية[1]

---

(١) الجامع الكبير ص٣٦٢، شرح السير الكبير ج٣ ص١٣٤-١٣٦، البدائع ج٦ ص١٧٦، الزيلعي ج٦ ص٩٣، سعدي جلبي ج٨ ص٢٣٨.

٥ - من يقضي دين غيره لتخليص ملكه

٢٩- وضع المسألة:

الأصل أنَّ أحدًا غير الولي والوكيل لا يملك أن يتصرف لغيره بدفع دينه عنه؛ بمعنىٰ أنه لا يمكنه إجبارُ الدائن علىٰ القبول، وأنه إذا قبل الدائن لا يحقُّ له أن يرجع علىٰ المدين بعض ما أدَّاه عنه.

ولكن هذه القاعدة تنفيذٌ فيما إذا اضطرَّ الشخصُ إلىٰ أن يدفع دينَ غيرِه، وتتحقَّق الضرورة في ذلك حين يحتبس ملكه في دين غيره؛ بأن يكون محلًّا للرهن أو حق الحبس، يحدث ذلك مثلًا حين يعير شخصٌ مِلكَه لغيره ليرهنه في دينه، ومثله: أن يشتري شخصانِ عينًا فيكون للبائع حقُّ حبسِها حتىٰ يستوفي جميع الثمن.

ففي هذين المثالين وأشباههما حين يتعذر أداء المدين، سيجد صاحب الملك المحتبس نفسَه مضطرًّا إذا أراد الوصول إلىٰ ملكه، أن يدفع الدين عن المدين، وقد عهدنا الضرورة تعطي الشخص ما لم يكن له مِن حقِّ التصرف عن الغير. وهذا ما سنراه هنا.

٣٠- مُعِير الرهن:

إذا أعار شخصٌ آخرَ شيئًا من ماله ليرهنه في دينه فرهنه علىٰ الوجه الذي أذن به المعير، صحَّ الرهن.

وقد اتَّفق الأئمة -أبو حنيفة وأصحابُه- علىٰ أنَّ للمعير أن يفتكه من المرتهن بأداء دين الراهن نيابةً عن هذا الأخيرِ، فيجبر المرتهن علىٰ قَبول أداء المعير، وعلىٰ تسليم الرهن إليه، كما لو كان الموفىٰ هو الراهن نفسه، ثم يرجع المعير الموفىٰ علىٰ الراهن بعوض ما أدَّاه في حدود ما وصل إلىٰ الراهن من منفعة بسبب الأداء. والعلَّةُ في ذلك -أي في أن المرتهن أعطىٰ الولاية علىٰ الوفاء عن الغير- الضرورة؛ ذلك أنه لا سبيلَ له إلىٰ الوصول إلىٰ ملكه ودفع الضَّرَرِ عن نفسه إلَّا بهذا الوفاء.

وما دامت العلةُ الضرورةَ، فيبدو أنه لا بد لتحقُّقِها من تعذُّرِ وفاء الراهن المدين نفسه؛ إمَّا لغيبته أو لإعساره. وهذا هو ظاهر النصوص.

علىٰ أنَّ بعض النصوص تذكر أنَّ العلة لهذه الولاية، الإذن الضمني، أو الإذن من الراهن دلالة. فعقدُه الرهنَ علىٰ مِلك الغير تضمَّن رضاه «بأن يصير دينه مقضيًّا بملك الغير، علىٰ وجه [أن] يرجع بمثله»[1]، ولو كان الإذن دلالة هو العلة الحقيقية للحكم، لانتفىٰ الحكمُ بانتفائها، وينتفي الإذن دلالة بالمنع الصريح، ولكنَّ الحكمَ باقٍ حتىٰ لو منع الراهن المعير من الوفاء عنه»[2]

---

(١) المبسوط ج٢١ ص١٥٩.

(٢) راجع الفقرة: ٢٠، وقارن النظام المعروف في القانون الإنجليزي بـ «العقد الضمني The implied contract»، ويراد به علىٰ حد تعبير: Black store

"Which reason and justice dictate, and which the law therefore, presumes that every man undertakes to perform"

انظر: Jacobs: stevens' elements of mercantile law, p. 4.

والعقد الضمني يُطلق أحيانًا علىٰ العلاقة التي تقوم بين طرفين، ويستنتج من الظروف المحيطة بها رضىٰ الطرفين بقيامها، ولكنه يطلق أحيانًا علىٰ علاقة بين طرفين من غير اعتبار لإمكان استنتاج القصد منهما بقيامها، بل في بعض الأحيان بالرغم من المعارضة الصريحة لأحد الطرفين لقيام علاقة العقد بينهما.

انظر: the laws of England, vo1.7, p. 463

ويمكن أن يقال: إنَّ الإذن مفترض **حكمًا**؛ بمعنىٰ أنه لا يقبل العكس، وفي هذا توفيق بين النصوص[(١)]

هذا، ولو كان قَدْرُ الدينِ الموفىٰ أكثرَ من قيمة الرهن، لَمَا كان للمُعير أن يرجع علىٰ الراهن بأكثر مما كان الراهن سيضمنه للمعير لو هلك الرهن. وفي هذا خروجٌ علىٰ قاعدة الضرورة؛ فالمعير لن يصل إلىٰ ملكه المرهون إلَّا بأداء كلِّ الدين، فكان قياسها أن يكون له الولايةُ علىٰ وفاء كلِّ الدين، فيكون له أن يرجع به كلِّه.

ولهذا، فقد استشكل بعضُ الفقهاء هذا الحكمَ، ولعلَّ مما يُبرِّرُه أن الرهن في الواقع رهنٌ بقَدْرِ قيمته من الدين؛ إذ لو هلك لَمَا سقط من الدين إلَّا بقدر هذه القيمةِ، فأَشبَهَ ما زاد من الدين علىٰ قيمته دينًا بدون رهن، وأشبه قضاؤه قضاءَ دينٍ بدون رهن.

٣٠- وليس من الضروري أن يكون الشخصُ معيرًا للرهن ليكون له ولايةُ افتكاكِه بقضاء الدين؛ فمثلًا: للأب أن يرهن متاعَ ابنِه في دين نفسه، فإذا فعل ذلك، فإن للولد إذا أدرك أن يقضي الدين المرهون به؛ ليخلص ماله المرهون، فيجبر المرتهن علىٰ قبول قضاء الابن، وعلىٰ تسليم الرهن له، ثم يرجع الابن علىٰ أبيه بما قضىٰ من دينه في حدود قيمة الرهن، يرجع علىٰ أبيه إن كان حيًّا، أو علىٰ تركته إن كان ميتًا[(٢)]

---

(١) يدل علىٰ أن الضرورة هي علة الحكم الفنية، وليس الإذن الضمني أو المفترض أنَّ الحكم هو الحكم حتىٰ حينما لا يصح فيه افتراض الإذن؛ فمثلًا: إذا كان العبد الآبق بين شخصين، فالجعل علىٰ ردِّه واجبٌ عليهما بقَدْرِ نصيب كلٍّ منهما فيه، فلو أعطىٰ الجعل أحدهما في غيبة الآخر، لكان له أن يرجع عليه بقدر نصيبه؛ «لأنه مضطر فيما يعطيه؛ لأنه لا يصل إلىٰ نصيبه إلا به». فتح القدير: ج٤ ص٤٣٦.

(٢) وقريب من هذه المسألة مسألة العبد المرهون يعتقه الراهن المعسر، فيستسعيه المرتهن في الدين، فإذا قضاه العبد رجع «علىٰ مولاه إذا أيسر؛ لأنه قضىٰ دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع»، و«لأنه يسعىٰ في ضمان علىٰ غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعير الرهن». الهداية ج٨ص٢٢٧.

٣١- نصوص:

المبسوط ج٢١ ص١٥٩:

ولو كان قيمته [الرهن] مثل الدين وأراد المعير أن يفتكَّه حين أَعسَرَ الراهن، لم يكن **للمرتهن أن يمتنع** من دَفْعِه إليه إذا قضاه دينَه.

قاضيخان ج٣ ص٦٠٤-٦٠٥:

ولو أنَّ الراهن **عجز** عن فِكاك الرهن فقضىٰ المعير دين الراهن، كان للمعير أن **يرجع** علىٰ الراهن بقَدْرِ ما **سقط** من الدين عند الهلاك وليس للمرتهن أن **يمتنع عن قبض** الدين من المعير، بل يجبر علىٰ ذلك حتىٰ يقبض ويسلم إليه الرهن.

معراج الدراية: ج٤ ورقة ١١٢/ب:

لأنه لَمَّا استعاره **فقد أمره بقضاء دينه،** والمأمور بقضاء الدين يرجع علىٰ الآمر إذا قضىٰ، وفي الإيضاح: والمعير بمنزلة رجلٍ أَذِنَ لآخَرَ أن يقضيَ دينَه من وديعةٍ عنده، فما قضىٰ صار مضمونًا، وما لم يقض فهو أمانة ولا بد ههنا من قيد معناه: يرجع بما أَدَّىٰ **إذا كان ما أَدَّاه بقدر الدين** . . .؛ **لأنه لو هلك لم يضمن الراهن للمعير** أكثرَ من ذلك، فكذا إذا افتكَّه، وكان متبرعًا بالزائد.

البابرتي ج٥ ص٣٦٤:

أفلس الراهن **أو غاب** فافتكَّه المعير، فإنه يرجع علىٰ الرهن بما أَدَّىٰ **لاضطراره في القضاء** فإنَّ للضرورات أحكامًا.

الزيلعي ج٦ ص٨٩:

المعير غير متبرع . . .؛ لما فيه من تخليص ملكه فصار أداؤه كأداء الراهن ذكر في النهاية أنه إذا افتكَّه بأكثرَ من قيمته لا يرجع بالزائد، وهذا **مُشكِل**؛ لأن تخليص الرهن **لا يحصل بإيفاء** بعض الدين **فكان مضطرًّا**،

وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع، فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار؟ وهذا لأنَّ غرضه تخليصُه لينتفع به، ولا يحصل ذلك إلَّا بأدائه الدينَ كلَّه.

البدائع ج٦ ص١٣٦:

ولو قضىٰ **الولد دين أبيه** وافتكَّ الرهن، لم يكن متبرعًا، ويرجع بجميع ما قضىٰ علىٰ أبيه؛ لأنه مضطرٌّ إلىٰ قضاء دينِه؛ إذ لا يمكنه الوصولُ إلىٰ فَكِّه إلَّا بقضاء الدين كلِّه، فكان مضطرًّا فيه، فلم يكن متبرعًا، بل يكون **مأمورًا** بالقضاء من قِبل الأب **دلالةً**.

٣٢- أحد المشتريين يدفع الثمن:

إذا اشترىٰ شخص أو أشخاص سلعةً، فإنَّ للبائع أن يحبسها بالثمن حتىٰ يؤدىٰ جميعه، فإذا غاب أحدُهما أو أحدُهم قبل دَفْعِ الثمن وقبض السلعة، فإنَّ للحاضر أن يدفع نصيب الغائب من الثمن؛ لأنه مضطرٌّ إلىٰ ذلك بسبب احتياجه إلىٰ الوصول إلىٰ نصيبه من السلعة المشتراة، ولا يتمكن من ذلك إلَّا بدفع جميع الثمنِ، وموجب هذا شيئان: (١) أنَّ له إجبارَ البائع علىٰ قَبول الوفاء عن المدين، وعلىٰ تسليمه السلعةَ، و(٢) أنَّ له أن يرجع علىٰ الغائب بما أدَّاه عنه من حصَّة الغائب من الثمن.

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، أمَّا أبو يوسف فيرىٰ أن ليس له أن يقبض إلَّا حصَّتَه من السلعة، ولا يدفع إلَّا نصيبه من الثمن، فإن دَفَعَ أكثر من ذلك فهو **فضولي**، يكون متبرعًا حُكمًا؛ فلا رجوعَ له علىٰ صاحبه الذي دفع عنه دينَه.

قلنا: إذا غاب أحدهما، ونقصد أنَّ الغيبة شرطٌ لتحقق الضرورة، أمَّا لو كان الشركاء في الدين حاضرين، فلن يضطرَّ أحدُهم إلىٰ الدَّفْع عن غيره؛ إذ إنَّ هذا الغير سيدفع عن نفسه بالرِّضا أو بالقضاء، فلو دفع أحدُهم عن الآخَر في هذه الحال لاعتُبر فضوليًّا، ولمَّا كان له أن يرجع علىٰ المدفوع عنه بشيءٍ.

والضرورة هي العلة الفنية للحكم، بدليل أنها لو لم تتحقق لانقضىٰ الحكمُ، فلو كان بدل الشراء استئجار وغاب أحد المستأجرين، فليس للحاضر أن

يؤدي نصيب الغائب من الأجرة؛ لأنه لا يمتنع عليه الوصول إلىٰ العين المؤجَّرة بعدم دفع الأجرة؛ إذ ليس للمؤجر أن يحبس العين المؤجرة في أجرتها.

وإذا قلنا بأنَّ للحاضر أن يدفع حصة الغائب من الدين؛ فإنه يثبت له حقُّ حبسِ حصَّته من السلعة في حصَّته من الدين المدفوع، ويأخذ المحتبس حُكمَ الرهن؛ بمعنىٰ أنه لو هلك أو انتقص لَتحمَّل تبعه هلاكُه أو نقصه الحابس. ولكنَّه لا يأخذ هذا الحكمَ إلَّا بعد حضور الغائب وإمكانه مطالبته، فقبل حضوره إذا هلك يتحمَّل الغائبُ تبعةَ هلاكِ حصَّته، فيرجع عليه الحاضر بما دفع عنه بالرغم من هلاك حصَّته من السلعة.

٣٣- نصوص:

الجامع الصغير: ص٨٧:

رجلان اشتريا عبدًا، **فغاب** أحدُهما، فللحاضر أن يدفع الثمنَ كلَّه ويقبضه، فإذا حضر الآخَرُ **لم يأخذ نصيبه** حتىٰ ينقذ شريكه الثمن، وهو قول **محمد**. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: إذا دفع الحاضرُ الثمنَ كلَّه لم يقبض إلَّا نصيبه، وكان متطوعًا بما أدَّىٰ عن صاحبه.

فتح القدير: ج٥ ص٣٦٤:

ولهما: أنه **مضطرٌّ.. في دَفْعِ حصة الغائب؛ لأنه لا يمكنه الانتفاعُ بملكه إلَّا بأداء الجميع .. والمضطر يرجع وله حق الحبس**، وصار كمعير الرهن وصار **كصاحب العلو** يبني السفل غير أن في مسألة السفل لا يفترق الحال بين كون صاحبه غائبًا أو حاضرًا، وفي مسألتنا لا يثبت له حق الرجوع إلَّا إذا كان غائبًا؛ لأنه إذا كان حاضرًا لا يكون **مضطرًّا في إيفاء الكل**؛ إذ يمكن أن يخاصمه إلىٰ القاضي في أن ينقذ حصَّتَه ليقبض نصيبه بخلاف مسألة السفل؛ فإنَّ صاحب العلو لو خاصمه في أن يبني السفل لا يقضي عليه ببنائه، فصار مضطرًّا، حال حضوره كغيبته ومثل صورة حضورهما في عدم **الاضطرار** ما لو استأجر رجلان دارًا فغاب أحدُهما قبل نقد الأجرة، فنقد الحاضر جميعها **يكون متبرعًا**؛

إذ ليس للآخَر حبس الدار لاستيفاء الأجرة وإذا ثبت حقُّ الحبس في مسألتنا للحاضر فله حبسه إلىٰ **أن يستوفي الكل . . . كالوكيل بالشراء** إذا نقد الثمن من مال نفسه، له أن يحبس المبيع عن الموكل إلىٰ أن يُعطِيَه جميع الثمن.

الأصل (ب): ورقة ٢٢٤/ب:

رجلين استأجرا منزلًا من رجل أيُّهما **أفلس أو غاب،** فأدَّىٰ صاحبه الأجر كلَّه، فهو متطوع في قياس قول **أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.**

الجامع الكبير ص٢٤٤:

وليس بمتطوع فيما أدَّىٰ عن صاحبه في قول أبي حنيفة ومحمد، فإن مات في يديه **مات من مالها ورجع علىٰ شريكه** بالذي نقد عنه، وإن حضر شريكه [والمبيع] حي، فللَّذي نقده أن يدفعه، أو **يمنعه** حتىٰ يأخذ ما نقد عنه، فإن مات في يديه بعد ذلك لم يرجع علىٰ شريكه بما نقد عنه.

٣٤- أحد الراهنين يدفع الدين:

«لو رهن رجلانِ بدينٍ عليهما رهنًا واحدًا، فهو جائز، والرهن رهنٌ بكلِّ الدين، وللمرتهن أن يمسكه حتىٰ يستوفي جميع الدين[(١)] ومن هنا نرىٰ أنَّ طبيعة هذه المسألة بشبه من طبيعة سابقتها، وكذلك حكم هذه يشبه حكم تلك؛ إنَّ أحد الراهنين لا يستطيع الوصول إلىٰ حقِّه (نصيبه من الرهن)، إلَّا إذا أدَّىٰ دين غيره (حصة الشريك في الدين)، فهو مضطر لدفع دين غيرِه فيكون له أولًا: أن يجبر المرتهن علىٰ قَبول الوفاء منه وعلىٰ تسليم الرهن إليه، وثانيًا: أن يرجع علىٰ شريكه بما أدَّىٰ عنه. والظاهرُ أنه في هذه المسألة أيضًا يشترط غيبة الشريك في الدين.

ثم إذا قبض الموفىٰ الرهن فله حق الحبس في حصة الموفىٰ عنه حتىٰ يدفع له حصَّتَه من الدين.

---

(١) الهداية ج٨ ص٢١٩.

وظاهرُ النصوص أنه لو هلك بعد قبضه، ولو قبل إمكان مطالبته الآخر، فإنَّ الحابس يتحمَّل تبعة هلاكِه، فلا يكون له أن يرجع بعد بما أوفىٰ، فلِلحصَّة المحتبسة حكم الرهن في يد المرتهن، وتطبيقًا لهذا إذا هلكت سقط من الدين بقَدْرِ قيمتِها.

وما تقدَّم مذهب أبي حنيفة ومحمد.

٣٥- نصوص:

قاضيخان ج٣ ص٦٠٠:

رجلان عليهما ألفُ درهمٍ لرجلٍ، فرَهَنَا بذلك عبدًا مشتركًا بينهما نصفين ثم غاب أحدُ الراهنين، وقال الحاضر منهما للمرتهن: أُعطيك ما عليَّ من الدين وآخُذُ حِصَّتي من العبد؛ قال **أبو حنيفة** (رحمه الله تعالىٰ): للمرتهن أن يمتنع من ذلك حتىٰ يأخذ جميع الدين، فإن أدَّىٰ الحاضرُ جميعَ الدين لم يكن متطوعًا في أداء كلِّ الدين، وكان له أن يقبض كل العبد. فإن قبض **ولم يمنع** من الشريك حصته من العبد فهلك العبد في يده، فإنه **يهلك بجميع الدين**، إلَّا أن يكون أكثرَ من قيمة العبد، فيرجع علىٰ صاحبه بنصف الفضل أيضًا، ويكون نصف العبد في هذا بمنزلة الرهن في يده، وهذا قول **محمد** (رحمه الله تعالىٰ).

٣٦- المشتري يدفع بدل الإجارة.

إذا باع الشخص عينًا سبق له أن أجَّرها، وباعها قبل انتهاء مدَّة الإجارة، فإنَّ البيع يكون موقوفًا، وينفذ إذا أجازه المستأجر، ولكن مع ذلك وبعد نفاذه يبقىٰ للمستأجر حقُّ حبسِ العين المؤجَّرة حتىٰ يحصل له بدل الأجرة التي دفعها ولم يستوفِ مقابلَها من المنفعة.

فإذا تعذر قضاء البائع «المؤجر» المستأجر لغيبته، فإن للمشتري -وغرضه الوصول إلىٰ العين التي صارت مِلكًا له بالعقد المجاز- أن يقضي ما وجب علىٰ البائع للمستأجر، ثم يكون له أن يرجع علىٰ البائع بما قضىٰ عنه.

٣٦ م- مثل هذا المشتري إذا أدىٰ مال الوفاء للمشتري جائزًا لتخلص له العين المشتراة بالعقد البات، فإن له أن يحتسب ذلك علىٰ البائع من ثمن العين إذا كان لم يؤدِّه بعدُ، ولا قولَ للبائع أنه دفع دينه بغير أمره؛ لأنه كان مولىٰ عليه بحكم الضرورة.

٣٦ م م- أمَّا مشتري الرهن؛ فالظاهر أنه لا يتصور اضطراره لقضاء الدين المرهون به العين المشتراة، فقبل إجازة المرتهن لإنفاذ البيع في حق المرتهن، وبعد إجازته ينفكُّ الرهن وتخلص العين بدون حاجة لدفع الدين؛ «لأنَّ نقص الإجازة رضًا بسقوط لزوم يده»[١]

٣٧- نصوص:

جامع الفصولين (الطبعة الأولىٰ) ج١ ص٢٤٢:

[الذخيرة ١] المؤجر باع المستأجر من أجنبي، **ثم المشتري دفع ثمنه إلىٰ** المستأجر بجهة مال الإجارة، فهو متبرع لو كان المؤجر حاضرًا، وإلَّا فلا؛ لأنه مضطرٌّ في الأداء ليخلص ملكه كمعير الرهن، وعند حضوره ليس بمضطرٍّ فيه؛ لأنه يمكنه أن يدفع الثمن إلىٰ المؤجر ليقضي المؤجر مال الإجارة فيسلم للمشتري ملكه[٢]

جامع الفصولين: ج١ ص٧٥:

دفع **المشتري باتًّا** مال الوفاء إلىٰ مشتريه **جائزًا**، هل للبائع أن يطلبه منه ويقول: دفعت إليه بغير أمري؟ أجاب [شيخ الإسلام برهان الدين:] لا، هذا **ما لم يؤدِّ الثمن إلىٰ البائع**، أمَّا لو أدَّاه ثم قضىٰ مال الوفاء بلا أمر البائع ليسلم له

---

(١) جامع الفصولين ج٢ ص٦٨.

(٢) قارن ما جاء في جامع الفصولين «عازيًا لعدة المفتين للنسفي» ج١ ص١٧٥:

«باعه بإذن المستأجر فأدَّىٰ المشتري مال الإجارة إلىٰ المستأجر بغير أمر المؤجر ليسلم له المبيع يكون متبرعًا، بخلاف معير الرهن».

المبيع، هل له أن يرجع علىٰ البائع؟ قال **بعضهم**: **ينبغي** أن يكون متبرعًا، فلا يرجع، بخلاف مُعِير الرهن؛ إذ الرهنُ ثمة ورد علىٰ ملكه فاضطرَّ في استخلاص مِلكه، ولا كذلك هنا.

٦- مَن قضى دين غيره مجبـرًا

٣٨- قد تقوم صلة خاصة بين شخصٍ وآخَرَ، فيحكم عليه بسببها بأن يؤدي ما وجب عليه؛ لتعذُّر أداءِ المدين الأصلي؛ لغيبته أو إعساره، أو لسببٍ آخَرَ، وإذ صحيحه كان المؤدي الدين قد اضطر إلىٰ أدائه، فإن له أن يرجع علىٰ المدين الأصلي بما أداه عنه، ولا يقال: إنه قد أدَّىٰ عن غيره بلا إذنه وهو غيرُ وليٍّ له، ومَن فعل ذلك حُكم عليه بالتبرع ولم يكن له رجوع. ولكن يُشترط لتحقق هذه الضرورة، أن يكون الحكم بأدائه عن الغير حُكمًا شرعيًّا، ويتبين هذا بذكر بعض الأمثلة:

أ- لو أعتق الراهن عبدَه المرهون، صحَّ عنه، فإن كان الراهن معسرًا كان للمرتهن استسعاؤُه في الأقل من قيمته، ومن الدين الذي كان مرهونًا فيه، فإذا سعىٰ وقضىٰ دين الراهن كان له أن يرجع عليه إذا أيسر، وإن كان قضاه بغير أمره وهو ليس بولي عليه.

ب- إذا قال الحر لشخصٍ: اشترني فإني عبدُ فلانٍ، فاشتراه وقبض البائع ثمنَه ثم غاب غيبة منقطعة، كان للمشتري أن يرجع علىٰ مدَّعي العبودية بالثمن الذي دفعه فيه، والذي هو الآن دينٌ واجب علىٰ البائع، فإذا دفعه مدَّعي العبودية ثم قدم البائع فإنه يرجع عليه؛ لأنه أدَّىٰ دينه مضطرًّا في أدائه بحكم الشرع.

ج- إذا قتل ابن الملاعنة شخصًا خطأً، فإنه يُقضىٰ بديته علىٰ عاقلة الأم، فلو ادَّعاه الأب بعد ذلك، لظهر أنَّ الدية واجبة **من حين الفعل** علىٰ عاقلة الأب،

وقد قضىٰ عنهم عاقلةُ الأم مضطرِّين في هذا القضاء بحكم الشرع، فلهم أن يرجعوا علىٰ عاقلة الأب بما دفعوه عنهم من الدية.

د- لو أخذ السلطان الخراجَ من المرتهن، أو أكار الأرض، لم يرجعا علىٰ من وجب عليه؛ لأنهما حينما أدَّيا الخراج الواجب علىٰ مالك الأرض، لم يكونا مضطرَّين في هذا الأداءِ، فلم يستحِقَّا الرجوع، وفي هذا المثال الأخير نلاحظ أنَّ متأخري الفقهاء الأحناف مالوا إلىٰ أن يكون لهؤلاء حقُّ الرجوع باعتبار غلبةِ سلاطين الجور، وعدم تمكُّنِ هؤلاء من الامتناع عن أداء ما وجب علىٰ غيرهم.

٣٩- نصوص:

الزيلعي ج٦ ص٨٦:

ولو [الراهن المعتق] معسرًا، سعىٰ العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ويرجع به علىٰ سيِّدِه؛ **لأنه قضىٰ دينه وهو مضطرٌّ فيه بحكم الشرع** فلم يكن متبرعًا، فيرجع عليه بما تحمَّل عنه، فصار كمُعير الرهن.

(ب) فتح القدير ج٥ ص٣٠٦:

قال له: اشترني فإني عبد فإذا هو حر إذا كان البائع لا يدري أين هو، رجع المشتري علىٰ العبد ورجع العبد علىٰ بائعه، وإنما يرجع العبد علىٰ البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه؛ لأنه أدَّىٰ دينه وهو مضطرٌّ فيه؛ بخلاف مَن أدَّىٰ عن آخرَ دينًا، أو حقًّا عليه بغير أمره، فليس مضطرًّا فيه، فإنه لا يرجع.

(ج) الجامع الكبير ص٢٠٩:

ابن ملاعنة قتل رجلًا خطأً، فقُضي علىٰ عاقلة أُمِّه، ثم ادَّعاه الأب، رجعت عاقلة الأم علىٰ عاقلة الأب بما أدَّت في قول أبي حنيفة، وقال محمد: ترجع عاقلة الأم علىٰ عاقلة الأب بالدين في ثلاث سنين من يوم قُضي بالرجوع.

(د) البزازية ج٢ ص٥٩:

أخذ السلطان الخراج أو العُشر من المرتهن، لا يرجع علىٰ الراهن؛ لأنه إن تطوع فهو متبرِّع، وإن مكرها فقد ظلمه السلطان والمظلوم لا يرجع إلا علىٰ ظالمه.

الهندية ج٢ ص٢٣٩:

وإذا أخذ [الخراج] من الأكار والأرض في يده ولم يقدر علىٰ الامتناع، يرجع علىٰ المالك، وفي ظاهر الرواية: لا يرجع، وهو **الصحيح**. كذا في الوجيز للكردي[(١)]

---

(١) في (ج) المبسوط ج٨ ص٩١، هداية ج٨ ص٤١٤، وجاء في ص٤١٥: «لو مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤدِّ كتابته حتىٰ جنىٰ ابنه وعقل عنه قومُ أمه ثم أُديت الكتابة، [رجعوا علىٰ عاقلة الأب]؛ لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلىٰ قوم أبيه من وقت حرية الأب، وهو آخر جزء من أجزاء حياته، فيتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم.

وكذا رجل أمر صبيًّا بقتل رجل فقتله، فضمنت عاقلة الصبي الدية، رجعت بها علىٰ عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة، وفي مال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي علىٰ الآمر.

وفي (د) المبسوط ج٢١ ص١٦٣، البزازية ج٢ص٥٦، مجمع الضمانات ص٨.

٧- دعوى الدائن عن المدين

٤٠- أموال الشخص ضمان لدينه، فمصلحة الدائن تقتضي حِفظَها وحمايتها؛ لأنَّ انتقاص هذه الأموال أو هلاكها، انتقاصٌ وهلاك لما يضمن دينه. فإذا أهمل الشخص استعمالَ حقوقِه ودعاواه؛ لكسله، أو سُوءِ نِيَّتِه، أو عجز عن استعمالها لغيبته أو صغره أو نحو ذلك، فهل يقال: إن مصلحة الدائن المهددة بسبب ضياع هذه الحقوق تنتهض سببًا لجواز قيامه عن مَدينه باستعمال هذه الحقوق والدعاوىٰ؟ إن المذهب الحنفي يجيب بالنفي، وقد سبق أن رأينا هذا المذهب يتردَّد في قَبول الولاية علىٰ العقود من التصرفات القولية، وهنا نراه يرفض قَبولَ الولاية فيها علىٰ الدعاوىٰ.

فالمذهب يرىٰ أنَّ مصلحة الدائن المهددة، قاصرةٌ عن أن تكون مقومًا لقاعدة الضرورة، فلا مجالَ للخروج بها علىٰ القاعدة العامة التي تقول: «إنَّ القضاء للغائب وعليه لا يجوز إلَّا إذا كان حق الغائب سببًا لحق الحاضر -كما يقول الجميع-، أو شرطًا له -كما يقول البعض-».

الخلاصة: أنه لا يوجد في المذهب ما يقابل النظام المعروف في الفقه العربي الحديث باسم الدعوىٰ غير المباشرة (action oblique).

٤١- مثلًا في هذا المذهب الحنفي، يجوز للقاضي أن يفرض في مال الغائب الذي بيد غيرِه ما يجب علىٰ الغائب من دين النفقة لزوجته ووالديه وولده

الصغار، إذا كان الذي بيده المال معترفًا به للغائب، ومتعرفًا بسبب وجود الدين من النكاح أو النسب.

فإن كان الذي بيده المالُ يُنكر استحقاقَ المدين بالنفقة فيه، فلا يكون للدائنين بالنفقة أن يدعوا عن ميدنهم، ويُثبتوا المال له في وجه المنكر، ولو أنهم سيتوصلون إذا ثبت إلىٰ الحصول علىٰ دَينهم بفرضه من القاضي في هذا المال.

ومن باب أولىٰ، فغيرُ هؤلاء من الدائنين بالنفقة، وغيرهم من الدائنين بدين غير النفقة[1] لا يستطيعون الادِّعاء عن مَدينهم.

٤٢- نصوص:

المبسوط ج٥ ص١٩٨:

وإن أحضرت الزوجة غريمًا للزوج أو مودعًا في يده مال الزوج وهو مقر بالمال والزوجية، أمره القاضي بأداء نفقتها من ذلك، **بخلاف دين آخر علىٰ الغائب** . . . وإن جحد المديون أو المودع كون المال في يده، **لم تقبل بينتها** علىٰ شيء من ذلك . . . ؛ **لأنها** تُثبت الملك للغائب، حتىٰ إذا ثبت ملكه ترتَّب عليه حقُّها فيه، وهي **ليست بخصم في إثبات** الملك للزوج في أمواله.

بدائع ج٤ ص٢٧:

وإن أنكر الوديعة أو الدين، لا يمكنها إقامة البينة عليهما؛ **لأنها ليست** بخصم عن زوجها **في إثبات حقوقه**، فكان سماع البينة علىٰ ذلك قضاءً **علىٰ الغائب** من غير أن يكون عنه خصم حاضر.

ابن نجيم ص١٥١:

شخصٌ له علىٰ آخَرَ دينٌ **فغاب** المديون وترك دينًا له علىٰ آخر، فأراد ربُّ الدين أن يطالب مديون مديونه **ليس له ذلك.**

---

(١) في الفرق بين هؤلاء ودائني النفقة من الزوجة والولد والوالدين. انظر: فتح القدير ج٣ص٣٣٧.

الأشباه ج١ ص٣٩٨:

لا تُسمع الدعوىٰ بدين **للميت** . . . علىٰ غريم[1]

(١) الجصاص (ب) ورقة ١١١/ظ، الهداية وشروحها ج٤ ص٤٤٢، البدائع ج٦ ص٨٩٧، غاية البيان، باب المفقود، الهندية ج١ ص٥٥٠، الحموي ج٢ ص٢٠٦.

الفرع الثاني

الفكرة العامة

١- قاعدة عامة

٤٣- بمراجعة التطبيقات السابقة، نلاحظ عدَّة ملاحظات:

١- تشابهها في الطبيعة.

٢- تشابهها في الحكم.

٣- قياس النصوص بعضها علىٰ بعض في مقام التعليل.

٤- تعليل الحكم فيها علىٰ اختلافها بعلَّة واحدة هي الضرورة، إمَّا بصيغة التعليل «لأن» ومرادفاتها، أو بالتصريح بأن الضرورة هي «العلة» فيها.

٥- استعمال التعليل بالضرورة طردًا وعكسًا حسَب التطبيقات وأحكامها.

نخلص من هذا بأن «الضرورة» ليست **مجرد تبرير** للأحكام المتشابهة لهذه التطبيقات؛ بل هي العلة الفنية لها. وإذا صحَّ هذا، فإنَّ قاعدة عامة تحكم هذه التطبيقات، وهذه التطبيقات ليست إلَّا أمثلةً لها. نُطلق هذا الحكم مع شعورنا بثقل المسئولية في إطلاق مثله، وعلىٰ هذا يمكن أن نلخص هذه القاعدة في الكلمات الآتية:

إذا اضطر شخص لمباشرة تصرُّفٍ فِعلي عن الغير، سواءٌ بالنفقة علىٰ مال الغير أم بأداء دينه؛ فإنه يكون له الولاية علىٰ هذا التصرف، ويستحق الرجوع علىٰ مَن تصرَّف عنه بعوض ما خسر في حدود ما انتفع به الثاني.

٢- تكوين القاعدة

٤٤- تطور القاعدة:

هذه القاعدة خروجٌ عن القياس في أنه لا يجوز التصرف عن الغير، باعتبار أنَّ آثار تصرف الإنسان يجب أن تقتصر عليه(١)، ولكن أساسها موجود في الفقه، ونَعني بذلك «توازن المصالح»، وهو المفهوم الشافعي للعدالة في الفقه الإسلامي؛ ولهذا فقد وُجدت بعضُ تطبيقاتها في وقتٍ مبكِّر، وأغلبُ التطبيقات التي درسناها تفصيلًا ظهرت في نصوص المجموعات الأُولىٰ، وباقي التطبيقات ظهر في العصر الذهبي للفقه الإسلامي عند كتَّاب النوازل والفتاوىٰ وشُرَّاح المجموعات الأولىٰ.

غير أنَّ الأمر وقف بها عند حدِّ التطبيقات المنشورةِ شأن كثيرٍ من قواعد الفقه الإسلامي، فلم تُصَغْ في كتب الفقه الإسلامي في شكل نظرية عامةٍ(٢)

٤٥- مصدرها التشريعي:

تصرِّح النصوص في كثير من التطبيقات بأنَّ المصدر التشريعي للحكم فيها هو الاستحسان، وهذا طبيعي؛ فالقاعدة خروج عن القياس، ولكن ليس معنىٰ

---

(١) تراجع فقرة: ١.

(٢) علىٰ أن كتب الفروع والأصول تذكر أحيانًا بعض الصيغ التجريدية؛ جاء في البدائع مثلًا: «حكم الملك ولاية التصرف للمالك غير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلَّا لضرورة». انظر: ج٦ ص٢٦٤.

هذا أنه يجب أن يقتصر مداها علىٰ التطبيقات التي وردت بها النصوص، باعتبار أنَّ الخارج عن القياس لا يُقاس عليه، فهذا المبدأ بصيغته التجريدية ليس حاكمًا مطلقًا في هذا الشأن، وإذا لم نضع في الاعتبار قضية الاجتهاد والتقليد، فيبدو لي أن لا مانع من أن تمتد هذه القاعدة إلىٰ تطبيقاتٍ أخرىٰ تجري في فلكها وتحتوي مقوماتها. لقد **قلنا: إنها قاعدة عامة،** ولم نقصد أنها قاعدةٌ دورُها مجرَّدُ التفسير، بل إن لها -شأن أي قاعدة عامة- دورًا في الإنشاء.

٤٦-السبب الطبيعي لوجودها:

الذي يخلق المجال لهذه القاعدة كما شاهدنا في تطبيقاتها السابقة هو تشابك المصالح، ويحدث هذا التشابك بالاشتراك بالشيوع، أو الاختلاط بالمجاورة، أو باتصال الحقوق بعضها ببعض بوجهٍ من وجوه الاتصال، بحيث يستلزم استعمالُ بعضها والتصرف فيه استعمالَ الآخر والتصرف فيه، وتزيد أن نعيد في هذا ما سبق أن كرَّرناه عند دراسة التطبيقات بالتفصيل.

٤٧-السبب الشرعي لوجودها:

إذا تهدد شخص بخسارة واقعة لا سبيلَ له إلىٰ درئها إلَّا بالتصرف من الغير تصرفًا فِعليًّا، واستحال استئذانه هذا الغير أو من يقوم مقامَه في إجراء هذا التصرف، ولم يضرَّ تصرفه بالغير؛ فقد وجدت الضرورة التي بموجبها يكون لهذا الشخص الولاية علىٰ هذا التصرف، فيكون له أن يرجع علىٰ الغير بما خسره في حدود ما انتفع الغير بصفة عامة كما لو كان تصرف بإذن هذا الغير أو مَن يقوم مقامَه.

ومن هنا نلاحظ وجوبَ أن تتوافر هذه الشروط:

أ- أن تهدَّد المتصرف خسارة واقعة، فلا اعتبار بالخسارة المتوقعة -أو كما يسمونها الموهومة- تلك الخسارة التي يمكن أن تحدث أو لا تحدث، ولا اعتبار بالربح الفائت؛ «لأن الربح الفائت ليس خسرانًا»، ففي الملك المشترك عدم

إنفاق أحد الشريكين، يهدد حصَّته بالهلاك بترك النفقة، ومثل هذا يقال في شأن صاحب الارتفاق مع الملك المرتفق به، وفي مالك المنفعة مع ملك الرقبة.

وفي الرهن المستعار ما دام باقيًا في الرهن فهو محبوس عن صاحبه، فائتة له منفعتُه، بأداء الدين عن الغير الراهن بتلافىٰ هذه الخسارة.

وهكذا في سائر التطبيقات، نرىٰ حقًّا ثابتًا للمتصرف يضيع أو ينقص بترك التصرف.

أمَّا إذا لم يكن له حقٌّ ثابت، فلا يكون له أن يتصرَّف عن الغير ولو كان سيوجد له بالتصرف حق، فمن أدرك ملكه بعد أن قسم في الغنيمة، كان له أن يأخذه إذا دفع بدله. فلو فُرض أنَّ شخصًا وهب لآخَرَ شيئًا ثم استولىٰ عليه حربي، وأخذ منه غنيمة فقسم، لم يكن للواهب أن يدفع عن الموهوب فداءَه، ولو كان إذا دخل في ملك الموهوب، كان للواهب فيه حق الرجوع[1]

وجاء في البابرتي: ج٧ ص٢٦٢:

«كاتب عبدٌ عن نفسه عن آخَرَ غائبٍ، **فأيُّهما** أدَّىٰ **لا يرجع** علىٰ صاحبه الغائب متبرع به [الأداء] **غير مضطر إليه**؛ فإن قيل: الغائب ههنا **كمعير الرهن** ومعير الرهن مضطر؛ ولهذا يرجع علىٰ المستعير بما أدَّىٰ، فكيف قال: غير مضطر فيه؟ فالجواب: أنه كهو في حق جواز الأداء من غير دين عليه لا في الاضطرار؛ **فإن الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل**، وههنا إنما هو **بعرضية** أن تحصل له الحرية وعدم الربح لا يسمىٰ خسرانًا، فإن قيل: حق الحرية **حاصلٌ** بالكتابة، وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرًّا؟ أجيب بأنه **متوهم**، وحق الرجوع لم يكن ثابتًا، فلا يثبت به.

ويبدو أنَّ هذا الشرط من بين الأسباب في أن يضيق نطاق القاعدة، فلم يشمل استعمال الدائن حقوق مدينه.

---

(١) شرح السير الكبير ج٣ ص١٣٨ «. . . لأن الأسر لم يكن علىٰ ملك [الواهب] و. . حق الأخذ بالفداء لمن يحيي به ملكه، والواهب هنا بالفداء يحيي ملك الموهوب له، ثم يترتب حقُّه في الرجوع علىٰ ملكه».

ب- استحالة الإذن في التصرف، والذي يملك الإذن فيه هو من يتصرَّف لحسابه أو وكيله، أو وليه بالولاية الخاصة كالأب، أو بالولاية العامة كالقاضي. وتأتي استحالة الإذن من غيبة صاحب الحق، أو غيبة وليِّه، أو مِن عجزه عن التصرف ولا ولي له. وقد تجيء في بعض الصور كما في النفقة علىٰ الملك المشترك، وفي نفقة صاحب العلو في بناء السفل من امتناع المتصرف له عن الإذن في حضوره، أو عدم إذن القاضي -إذ لا ولاية له علىٰ الإذن في مثل هذه الصور- في غيابه.

ج- ألَّا يكون التصرف ضارًّا بالمتصرف له، وهذا تطبيق لمبدأ أنْ (لا ضررَ ولا ضِرار)، فإذا كان التصرف أجيز دفعًا للضرر عن المتصرف، فيجب ألَّا يكون دفع الضرر علىٰ حساب المتصرف عنه. وهذا الشرط في الواقع تقتضيه طبيعة الأشياء؛ فالمتصرف الذي يضر بالغير، لا ينبغي أن يقال عنه: تصرف عن الغير، أو تصرف للغير؛ بل تصرف علىٰ الغير.

هذا، ولا يُشترط بعد ذلك فيما يبدو:

١- القصد من المتصرف في أن يقع التصرف عن الغير، فإذا اعتقد المتصرف أنه يتصرف في ملك له ثم ظهر أنه يتصرف في ملك لغيره، فإن هذا لا يغير من الأمر شيئًا، والفقه الإسلامي في شأن التصرف عن الغير قليلًا ما يحفل بالقصد كما ستمر بنا الأمثلة عليه، فهنا مبدأ يقول: «إن العبرة بالواقع، وبما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف»، ولكن لا شك في أنه يشترط للرجوع علىٰ الغير المتصرف له ألَّا يقصد المتصرف التبرع.

٢- ولا تشترط أهلية الالتزام في المتصرف عنه، ليتم الرجوع عليه؛ لأن التزامه بالعوض ليس مصدره إرادته بل مصدره الشرع، فالتصرف بالنسبة إليه واقعة مادية -بتعبير الفقه العربي الحديث- وهذا ظاهر، فإن الضرورة تنشأ في الكثير من الأحيان بسبب أن من يراد التصرف له عاجزٌ شرعًا عن الالتزام، وليس يوجد من يقوم مقامَه.

٣ - الأحـكـام

٤٨- إذا توافرت الشروط السابقة، جاز للشخص أن يتصرف عن غيره، وهذا يوجب الأحكام الآتية:

أ- انتفاء المنع الديني من التصرف في ملك الغير.

ب- وجوب تعويض المتصرف عمَّا خسره في حدود ما وصل إلىٰ المتصرف له من منفعة، وتختلف طريقة التعويض باختلاف التطبيقات؛ فإذا كان التصرف بقضاء الدين، وجب التعويض بقدر ما قضي، أمَّا إذا كانت خسارة المتصرف لها بدل قائم -كما في بناء صاحب العلو- فيجب رد قيمة المبنىٰ يوم البناء، أو تركه للمتصرف، ورأينا في الزرع المشترك التعويض يكون بأَخْذِ قدر النفقة من قيمة حصة الشريك المتصرف له، ورأينا في الإنفاق علىٰ ما له غلة من المال المشترك، أن النفقة تؤخذ من الغلة.

ج- ثبوت حق الحبس في الملك الذي استفاد من التصرف، لصالح المتصرف، وفي الغالب يكون للحبس حكم الرهن، فإذا هلك ما احتبس أو انتقص، فإن الحابس يتحمل تبعة هلاكه أو نقصه في حدود ما احتبسه فيه مما وجب علىٰ صاحبه.

أمَّا ما فوق ذلك؛ فالظاهرُ أنَّ صاحبه يتحمل تبعة هلاكه؛ لأن الحبس بإذن الشرع، فهو بمنزلة الأمانة، فلا تتحقق الحالة الجرمية بالنسبة للحابس، فلا يتحمل تبعة هلاك ما وضع يده عليه.

هذا، وإذا كان لما احتبس غلة، فإنه يجوز للحابس أن يقتضي دينه الذي احتبس فيه من غلته.

وقد يظهر حق الحبس في صورة منع صاحب الحق من الانتفاع به حتىٰ يؤدي ما أنفق عليه كما في النفقة علىٰ النهر المشترك، أو البئر المشتركة.

د- إذا كان التصرف بقضاء الدين: فإن الحكم -كما رأينا- يتعدَّىٰ إلىٰ الغير، والمقصود به الدائن؛ ذلك أن للدائن ألَّا يقبل الوفاء من غير مدينه، وهنا يُجبَر علىٰ قَبول الوفاء، كما يجبر علىٰ تسليم ما احتبسه في الدين المرتهن.

هـ- حيث جاز التصرف عن الغير تصرفًا قوليًّا، فإذا كان عقدًا فإنَّ أثره يتصرَّف إليه مع مراعاة القاعدة المعروفة في المذهب الحنفي، أنَّ حقوق العقد تتعلَّق بالعاقد، وإذا اعتبرنا منه دعوىٰ الكفيل علىٰ الدائن انقضاء الدين بإبراء المدين، أو وفائه، فإن أثر الحكم يتصرف إلىٰ المدين.

٤- الدعوى والإثبات

٤٩- تطبيق قواعد الدعوىٰ في المذهب الحنفي، يقتضي ما يأتي:

يتحمل المتصرف عبء إثبات الضرورة، وتوافر شروطها، ثم وجود الدين بسبب التصرف عن الغير؛ ذلك أنه يدَّعي خلاف الأصل، فالأصل أن لا ولاية له في ترتيب الدين في ذمَّة غيره، أمَّا المتصرف له إذا أنكر شيئًا من ذلك، فهو يتمسك بالأصل فلا يطالب بالإثبات.

٥- ملاحظة ختامية

٥٠- ظهرت فائدة هذه القاعدة في تقديم بعض الحلول للمشاكل الفقهية التي تنشأ عن مدىٰ إمكان التصرف عن الغير، وقد استطاعت أن تمتد إلىٰ مجالات قصرت عليها في بعض المذاهب -كالمذهب الشافعي- وزاد من أهميتها عدمُ وجود ما يقوم مقامها في هذا الشأن، فكما سنرىٰ، لا وجود لقاعدة كتلك القاعدة الموجودة في المذهب المالكي، والتي تنص علىٰ «أن للشخص أن يتصرف عن غيره تصرفًا نافعًا إذا كان التصرف ضروريًّا للغير»، والتي دخلت في مجال تطبيقها بعض تطبيقات قاعدة الضرورة التي درسناها وكان تعدد الطرق في كيفية التعويض للمتصرف المفتقر أقرب إلىٰ الروح العملي، ولكن بقدر ما هو أبعد عن المنطق الفقهي، ونقطة ضعف القاعدة تكمن في طبيعة الضرورة التي هي عمادها، فالضرورة -كما يقولون-: تقدَّر بقَدْرِها. وصعوبة إيجاد المعيار الثابت لها، يسبب تمييع القاعدة.

ودراسة هذه القاعدة تبين أنها لا تزال في طريق التطور، فلا يزال الفقه الحنفي يتردَّد في أن يمتد بها لتشمل التصرفات القولية كالتصرفات الفعلية، وقد خطا هذه الخطوة -كما سنرىٰ- المذهب المالكي.

كما لا يزال يصرّ علىٰ أن تكون الخسارة التي تتحقق الضرورة لتفاديها خسارة واقعة، فلم يمتد بها لتشمل الخسارة المتوقعة، ولم يهضم لهذا أن تمتد لاستعمال الدائن حقوق مدينه أو دعاواه، وسنرىٰ أن المذهب المالكي خطا خطوة في هذا أيضًا.

الفصل الثاني

في المذهب المالكي

الفرع الأول

الـتـطـبـيـقـات

١ - الشريك في الملك

٥١- وضع المسألة:

إذا اجتمع شخص أو أشخاص في استحقاق، ففي المذهب المالكي: كل شريك بالنسبة لحصة الآخر أجنبي؛ بمعنىٰ أنه يضمن بفعله الضار فيها، ويعتبر فضوليًّا إذا تصرَّف فيها تصرفًا قوليًّا، أمَّا إن تصرَّف فيها تصرفًا فعليًّا نافعًا، فإنه يستحق الرجوع علىٰ صاحبها إذا كان التصرف النافع ضروريًّا له، أو بعبارة الفقه المالكي: مما لا بد للمتصرف له منه، أمَّا إذا كان التصرف النافع غيرَ ضروريٍّ للمتصرف له، فلا يملكه المتصرف، ويعتبر متبرعًا علىٰ نحو ما سنوضِّحه فيما بعدُ.

علىٰ أنَّ المتصرف إذا كان لا بد له هو نفسه من التصرف في حصة الغير؛ لأنه بالتصرف يحمي مصلحته، ولا ضرر في تصرُّفه علىٰ الغير، فإنه يملك التصرف عنه علىٰ نحو ما سنفصل.

٥٢- بيع الصفقة:

إذا كان الملك المشترك مما يقبل القسمة، فإنَّ الشريك فيه لا يُجبَر علىٰ بيع حصته بطلب شريكه، فالشريك يصل إلىٰ الانتفاع الكامل بحصَّته بالقسمة إن أراد الانتفاع، ولا يتضرر ببيعها مفردةً إن أراد البيع.

أمَّا إذا كان مما لا يقبل القسمة، فالغالب أن يتضرَّر الشريك ببيع حصَّتِه مفردةً إذا باعها، ولا سيَّما إذا كان الملك المشترك مما أُعِدَّ للانتفاع، بخلاف ما أُعِدَّ للاستغلال أو التجارة.

ولذلك، يرىٰ المذهب المالكي أنَّ الشريك فيما أُعِدَّ للانتفاع به يُجبَر علىٰ بيع حصَّتِه إذا طلب شريكه البيع.

ولكن هل للشريك الذي يريد البيع أن يستقلَّ ببيع الجميع؛ دفعًا للضرر عن نفسه باعتبار أنه ببيع المجموع يتفادىٰ الخسارة، وهي قدر ما بين ثمن حصَّته مَبيعةً مفردةً وثمنها مبيعة في ضمن المجموع؟ بعبارةٍ أخرىٰ، هل يملك أن يبيع عن شريكه حصة هذا الشريك فلا يعتبر فضوليًّا وينفذ بيعه عليه؟

لقد حملت هذه المسألة في الفقه المالكي اسم «بيع الصفقة»، وكانت فيه موضعَ جدلٍ.

فالنصوصُ فيها عن القدماء من الفقهاء المالكِيِّين، أنَّ الشريك الذي يريد البيعَ له إجبارُ شريكِه عليه، فيبيعان معًا . . . ؛ لأنَّ لأحدهما الإقدام علىٰ بيع الجميع.

ثم **اشتَهَر** في المذهب المالكي جوازُ استقلالِ الشريك بالبيع، ولكنه قُيد بشروط:

١- أن يكون المشترك غيرَ قابلٍ للقسمة.

٢- أن يكون مُعَدًّا للانتفاع لا للاستغلال أو التجارة.

٣- أن يضار الشريك ببيع حصَّتِه مفردةً؛ بأن ينقص ثمنها مفردة عن ثمنها ضمن المجموع.

٤- أن يتَّحد المدخل؛ بمعنىٰ أن يكون سبب الملك لكل الشركاء واحدًا، فلو كان الشريك الذي يريد البيع اشترىٰ حصَّتَه مفردةً أو ورثها كذلك، لم يملك الاستقلال ببيع الجميع.

٥- ألَّا يلتزم الشريك لشريكه مُريدِ البيع بالنقص الحاصل من بيع الحصة مفردةً.

٦- ألَّا يكون مريد البيع قد باع بعضَ حصَّتِه ثم يريد أن يصفق بالباقي.

هذا هو **المشهور** في المذهب، ولكن **العمل** عند المتأخرين جرىٰ بعدم تقييده بشرطٍ من هذه الشروط فيما عدا الشرط الرابع، (أي شرط اتحاد المدخل)؛ فإذا وُجد هذا الشرطُ كان كافيًا لإعطاء الشريك حقَّ بيعِ الجميع؛ (أي بيع حصته وحصة شركائه).

واعتبار هذا الشرط مفهوم؛ لأنَّ الملك المشترك الذي اتَّحد مدخلُه إذا أراد الشريك بيعَ جميعِه، فإنَّ له مصلحة مشروعة في ذلك؛ لأنه بذلك يتفادىٰ **خسارة طارئة** لم يدخل عليها، أمَّا ما لم يتَّحد مدخلُه؛ بأنِ اشترىٰ مريد البيع حصَّتَه فيه مفردةً، فلا شكَّ أنَّ الشريك ببيعه هذه الحصةَ مفردةً يفوته ربح هو الفائدة التي كان يمكن أن يحصل عليها لو باع حصَّتَه ضمن المجموع، ولكن هذه **فائدة طارئة**. وإذا كانت الخسارة تخوِّله حقَّ التصرف عن الغير، فلا يخوله ذلك **الربح المؤمَّل**. علىٰ أنَّ الإمام التسولي -وهو من متأخِّري الفقهاء المالكيين- يرىٰ وجوبَ الإبقاء علىٰ اعتبار الشروط: الأول والثالث والخامس والسادس؛ أي شرط عدم قابلية القسمة في الملك المشترك، وشرط نقص الحصة ببيعها مفردةً، وشرط عدم التزام الممتنع عن البيع جبر النقص لمريده؛ لأن الضرورة تنتفي بتخلف هذه الشروط لعدم الضرر الذي يتوقاه ببيع الجميع، وشرط عدم تبعيضه الحصة؛ لأنَّ تبعيضها دليلٌ علىٰ رضاه، وهو علىٰ التزامه الضرر.

بقي أخيرًا أن نلاحظ أن المذهب حين أعطىٰ مريد البيع هذا الحق، فلم يكن ذلك علىٰ حساب شريكه؛ لأن هذا الأخير لن يُضار بذلك، فالمذهب المالكي يمنحه بعد البيع الخيار بين أن يمضي البيع نهائيًّا ويأخذ نصيبه من الثمن، وبين أن يتملَّكه علىٰ المشتري بما يسمونه: «حق الضم». بعد دَفْعِ ثمنِه الذي دفعه المشتري.

وتملكه علىٰ المشتري لا يدل علىٰ عدم نفاذ البيع في حقِّه؛ لأنَّا لا نقول: إنَّ بيع الشخص لا ينفذ في حق من له حق الشفعة، بل علىٰ العكس تملكه علىٰ المشتري يدل علىٰ نفاذ البيع في حقِّه.

٥٣- نصوص:

شرح ميارة: ج٢ ص٨:

وإنما يكون هذا الوجه [بيع نصيبه ونصيب شريكه] من بيع **الفضولي** إذا هجم أحدُ الشريكين أو الشركاء وباع نصيبه ونصيب غيره من غير أن يقع بين الشركاء تشاحٌّ ولا مخاصمة، ولا اجتمعت شروط جبر الشريك علىٰ البيع، وأمَّا **بعد التشاح** فإنَّ لأحد الشركاء علىٰ ما جرىٰ عليه **عمل المتأخرين** بيع الجميع، ثم يخير بقيَّةُ الشركاء في ضمِّ صفقة البيع فيعطون **للبائع** قيمة نصيبه، وبين أن يبيعوا ويقبضوا الثمن من المشتري، **وليس هو من بيع الفضولي**، وهذا هو المسمَّىٰ في عُرفنا: «**بيع الصفقة، والنصوص للقدماء**، أنهما إذا تشاحَّا ودعا أحدُهما للبيع، فيجبر علىٰ البيع من أباه، فيبيعان معًا؛ لأنَّ **لأحدهما الإقدام علىٰ بيع الجميع**.

التسولي: ج٢ ص١٣٧-١٣٨:

وله [بيع الصفقة] شروط؛ **أحدهما**: أن يكون الشيء لا يقبل القسمة **ثانيهما**: أن يكون الشيء مما **يتضرَّر بالاشتراك** فيه؛ لكونه متَّخَذًا للانتفاع به بعينه؛ كالدار، والبستان لا إن كان متخذًا للانتفاع بغلَّته فقط؛ كالفرن، والرحىٰ وهذا علىٰ ما لابن رشد، وردَّه **ابن عرفة** بأنَّ المعروف عادةً أنَّ شراء الجملة أكثرُ ثمنًا في **رباع الغلة وغيرها** **ثالثها**: أن يتَّحد مدخلُهما **رابعها**: أن ينقص ثمن حصة مريد البيع إذا بِيعَت وحدَها عن ثمن الجملة؛ وإلَّا فلا جبر.

خامسها: ألَّا يلتزم الممتنع من البيع أداء النقص الحاصل لشريكه.

سادسها: ألَّا يكون المشترك فيه للتجارة.

سابعها: ألَّا يبعض طالب البيع حصَّتَه بأن يبيع بعضَها، ثم يريد أن يصفق بالباقي.

ثامنها: ألَّا يرضي ببيع حصَّته مفردةً، وفي عَدِّ هذا من الشروط شيءٌ

تاسعها: أن يكون المشتري أجنبيًّا غيرَ شريكٍ، وإلَّا فهو تبعيض علىٰ نزاع فيه، وهذا كلُّه علىٰ ما **للأقدمين** وأمَّا علىٰ ما به **عمل المتأخرين؛ فإنه لا يعتبر من هذه الشروط إلَّا اتحاد المدخل** ... ثم إن وجد هذا الشرط -علىٰ ما به العمل- أو وُجدت كلُّها -علىٰ مقابله- **فلمريد البيع أن يبيع الجميع من غير رفع للحاكم -علىٰ ما به العمل- وإن لم يرضَ شريكُه بذلك،** لكن إذا تمَّ بيعُه فللممتنع من البيع الخيار إن شاء أمضىٰ وأخذ حصَّتَه من الثمن، وإن شاء ضم فإن كان **المصفق عليه** غائبًا، رفع **المشتري** أمرَه للحاكم، فيمضي عليه البيع أو يضم، وحيث أمضاه مضىٰ، **ولو كان له مالٌ وإلا أخذ نظر أو مصلحة** ... قولهم: لا يشترط إلَّا اتحاد المدخل، يقتضي **أن عدم تبعيض الحصة** ... لا يشترط وليس كذلك، وأيضًا **فإن الشرط الأول** لا وجهَ لإلغائه؛ لأنَّ الضرر يرتفع بالقسمة، والفرض أن المشترك يقبلها، وربما كان الممتنع من البيع لا يقدر علىٰ أداء ثمن حصة شريكه لارتفاعه، **فيؤدي إلىٰ تفويت حصَّتِه لينتفع شريكه** بزيادة الثمن في حصَّته، فهم قد راعوا حقَّ مُريدِ البيعِ، وأخلوا بحق المبيع عليه؛ إذ لا يضر بأحدٍ لينتفع غيرُه، ولا يرتفع ضررٌ بضررِهِ؛ لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»؛ فالواجب في هذا التمسك بالمشهور

وكذا يقال في الشرط الخامس؛ **لأن إلغاءه موجب لحوق الضرر** لكاره البيع؛ إذ قد لا تكون له قدرةٌ علىٰ أداء ثمن حصة الشريك، وله قدرة علىٰ جبر النقص الحاصل بالانفراد، فإذا ألزمناه أَخْذَ الجميعِ مع عدم القدرة عليه، **لزم جبرُه علىٰ البيع من غير ضررٍ** يلحق البائع؛ لأن ضرره قد ارتفع بالتزام النقص، وكذا يقال إذا لم ينقص ثمن الحصة عن ثمن الجملة، فهذه الشروط الأربعة يجب علىٰ مَن راقب الله اعتبارُها كاتحاد المدخل، وقديمًا كنت متأمِّلًا في ذلك فلم يظهر لي وجهُ إلغائها؛ بل هو مخالِفٌ للكتاب والسُّنة، والله أعلم[1]

---

(١) التاودي ج٢ ص١٣٧، منح الجليل ج٣ ص٦٥٢.

٥٤- النفقة علىٰ الملك المشترك:

إذا كان الملك مما يقبل القسم، فالظاهرُ أنَّ الشريك فيه بالنسبة لحصة شركائه كالأجنبي؛ إذ الاضطرار هنا مُنتَفٍ، لإمكان نفقة الشريك علىٰ حصَّتِه باستقلالها بعد إفرازها بالقسمة. والأجنبي في المذهب المالكي إذا أنفق علىٰ مِلك غيره؛ بنىٰ، أو أصلح، أو نحو ذلك، فإن لم يكن هذا الفعل واجبًا علىٰ المالك وليس ضروريًّا له؛ بأن كان له منه بُدٌّ، فليس للمُنفِق إلَّا قيمةُ عملِه مستحق القلع إن كان له عينٌ قائمة واختار المالك إبقاءه.

أمَّا إذا كان المك بما لا يقبل القسمة، أو يقبلها بضررٍ علىٰ الشريك فيه؛ مثل أن يكون المشترك دارًا صغيرة، أو حمَّامًا، أو فرنًا، أو رحىٰ، أو بئرًا أو نهرًا، فما تهدَّم من هذه الأشياء أو خرب أو احتاج للإصلاح فأراد الشريك إقامةَ ذلك لحماية مصلحته، فقد فلا يتيسَّر قيامُ شركائه معه في ذلك أو إذنهم بأن يقوم به علىٰ حسابهم، فإذا أقامه هو بماله أو عمله، فهل يستحق الرجوعَ عليهم ببدله باعتبار أنه مضطرٌّ في قيامه عنهم؛ لأنه يحمي به مصلحتَه المشروعةَ ويصرف النظرَ عمَّا إذا كان ما عمله ضروريًّا لشركائه، أو كان لهم منه بد؟ يجيب المذهب المالكي علىٰ هذا السؤال بثلاثة آراء:

أ- رُوي عن ابن القاسم أنه لا رجوعَ لمن أنفق علىٰ شركائه في ذِمَمِهم، ولكن يكون له ما زاد من الغلة بسبب نفقته وعمله، ولا يكون لشركائه إلَّا حِصَّتُهم من غلة المصلح فيما لو أكرىٰ خرابًا.

ب- روي عنه أيضًا، وهو قول ابن ذهب أنه يكون شريكًا في الغلة بما زاد بسبب نفقته أو عمله، وبخلاف القول الأول يكون للشركاء الذين لم يعملوا أن يشاركوه في الغلة الزائدة إذا دفعوا قِسطَ حِصَصِهم من قيمة عملِهم أن يدفعوا.

ج- ولكن المشهور في المذهب، وهو قول ابن الماجشون، أنَّ ابن عمر يرجع بنفقته فقط علىٰ شركائه، ولكنَّ رجوعه محصورٌ في الغلة، فلا تترتب النفقةُ في ذِمَمِ الشركاء.

وهذا الرأي الأخير، هو الذي **ساد** في المذهب المالكي، وتطبيقه يصحُّ في ما له غلة، فأمَّا ما لا غلةَ له كالبئر والنهر؛ فللشَّريك المنفِق أن يمنع الشركاء ممن لم ينفقوا من الانتفاع به حتىٰ يدفعوا نصيبَهم من النفقة[1]، وقد سبق أن عرفنا أن هذا هو رأي المذهب الحنفي في المسألة.

نصوص:

الذخيرة ٥ ج٤ ورقة ٢٠٧/ب:

قال [صاحب الجواهر]: إذا انهدمت **الرحىٰ** فأقمتها وامتنع الباقون، **فالغلة** [لك] كلُّها عند **ابن القاسم**، وعليك أجرة أنصبائهم خرابًا. وقال **عبد الملك**: الغلة بينكم ولك من أنصبائهم ما أنفقت؛ لأنك تنتفع بملكهم عامرًا. وقال **ابن وهب**: أنت شريك بما زاد عملك علىٰ جزئك المتقدِّم في غلة الرحىٰ، ولك أجره ما أقمت في حِصَصِ أصحابك؛ بأن تقوَّم الرحىٰ غير معمولة، فيقال: عشرة، وبعد العمل خمسة عشر، فلك ثلث الغلة والباقي بينكم، وعلىٰ الذي لم يعمل من الأجرة للعمل في قيامك بغلَّتِها، ثم [إذا] أراد الدخول، أعطاك ما ينوبه من قيمة ذلك **يوم يدفع** إليك.

ابن عبد السلام ورقة ١٤٤/ظ وب:

قال ابن [الحاجب]: وإذا انهدمت **الرحىٰ** المشتركة، **فأقامها** أحدُهم إذا أبىٰ الباقون، فبين ابن القاسم الغلة كلها لمقيمها، وعليه أجرة نصيبهم خرابًا. وعنه أيضًا: يكون شريكًا في الغلة بما زاد بعمارته والباقي بينهم، ثم من أراد أن

(١) هذا، وقد جاء في الحطاب عن ابن يونس أن المركب إذا نخر فيعمره أحد الشريكين فيه مع إباء الآخر، فإذا أراد هذا الأخير أن يشترك في غلَّته معمور أجاز إذا دفع الأقل من شيئين (١) قدر ما أنفق في العمارة و(٢) ما يقابل نصيبه من قيمة العمارة «أي نصف ما زادته العمارة في قيمة المركب إذا كانت بالنصف»، الحطاب ج٦ ص٦٢، انظر: الزرقاني ج٦ ص٦٢. والكلام فيما إذا امتنع الشركاء من العمارة، أمَّا إذا أذنوا وسكتوا بعد أن علموا بقيامه علىٰ العمارة، أو لم يعلموا بذلك فيرجع المنفق عليهم في هذه الأحوال بما أنفق في ذممهم. انظر: حجازي وضوء الشموع ج٢ ص١٦١، والدسوقي ج٣ ص٣٦٧.

يدخل معه دفع ما ينوبه من **قيمة ذلك يوم يدفعه**. وقيل: الغلة بينهم، ويستوفىٰ **منها ما أنفق**. والقول الثالث مروي أيضًا عن ابن القاسم، وهو **أقوىٰ** هذه الأقوال عندي، ويكون **مسلفًا لهم**. وفي القول الذي قبله إلزامهم الشراء منه بغير اختيارهم، أو ينفرد بأكثر الغلة عنهم، لكنَّه أقوىٰ من القول الأول الذي حجر عليهم ملكهم ولم يجعل فيه إلَّا أجرة الخراب. فإن قلت: والقول الثالث ضعيف أيضًا؛ لأنَّ متولي النفقة أخرج من يده ماله فأنفقه **مرةً واحدة** ويأخذه **مقطعًا** من الغلة، وقد لا يحصل له مجموعه إلَّا بعد مدَّة؟ قلت: **هو أدخل نفسه في ذلك اختيارًا**، ولو شاء لَرفعهم إلىٰ القاضي يحكم عليهم بما قاله عيسىٰ ابن دينار عن مالك، وهو إمَّا أن يعملوا في إصلاحها، أو يبيعوا ممن يصلح.

القوانين الفقهية: ص٣٣٦-٣٣٧:

إذا انهدم حائط **بستان مشترك** فأراد بعضُهم بناءه **وأبىٰ بعضهم، فإن كان مقسومًا** إلَّا أنَّ الحيطان تضمُّه، فلا حُجة لبعضهم علىٰ بعض، وإن كان غيرَ مقسوم قسم، وإن لم تمكن قسمته أنفق مَن أحب صيانته **وأخذ نفقته من نصيب صاحبه**. وإن انهدمت **[دار] مشتركة** فأقامها بعضُهم بعد امتناع الباقين، فالغلة كلُّها للذي أقامها عند ابن القاسم. وقال ابن الماجشون: الغلة بينهم علىٰ حسَب الأنصباء، ويأخذ المنفق من **أنصبائهم ما أنفق** ... **وإن كان بين شريكين نهرٌ أو عينٌ أو بئر،** فمَن أنفق منهم فله أن يمنع شريكه من الانتفاع حتىٰ يعطي قِسطَه **من النفقة**.

الشرح الكبير ج٣ ص٣٦٦-٣٦٧:

وإن أقام أحدهم **رحىً** ... قبل القضاء بالعمارة أو البيع لمن يعمره إذا **أبيا** من إقامتها معه، **ومن إذنهما** له في العمارة، **فالغلة لهم** بعد أن يستوفي المقيم **منها ما أنفق** علىٰ إقامتها. **ورجع في الغلة؛ لأنها حصلت بسببه ولم يرجع في الذمة؛** لأنه لم يؤذن له في العمارة[1]

---

(١) الحطاب ج٦ ص١٤٨، الشرح الكبير والدسوقي ج٣ ص٣٦٦-٣٦٧، الزرقاني ج٦ ص٦٠-٦٢، الخرشي ج٦ ص٥٧، العدوي ج٦ ص٥٦.

٢ - مالك المنفعة

٥٦- وضع المسألة:

إذا اكترىٰ شخصٌ دارًا للسُّكنىٰ أو أرضًا للزراعة، أو عقد مساقاة علىٰ شجر آخر، فإنه يملك منفعة الدار والأرض، ويملك حظًّا من ناتج الشجر، فإذا خربت الدار، أو عزقت الأرض، أو انهارت البئر التي تسقي الشجر وقلنا بعدم إجبار مالك الرقبة في هذه الأحوال علىٰ القيام بالإصلاح؛ فقد يختار مالك المنفعة نفسه أن يقوم بالإصلاح في الرقبة ليحمي أو يُحيي منفعته التي يملكها فيها. وإذا اختار ذلك، فهل يعتبر مضطرًّا في هذا العمل، ويكون له وضعٌ خاصٌّ يسمح له بأن يتصرف عن غيره وأن يرتب في ذِمَّته الدين، وهو التعويض عمَّا يُنفقه من جهدٍ أو مال؟

٥٧- يفرق المذهب بين فرضين:

أنَّ المذهب المالكي في إجابته علىٰ السؤال المقدَّم يفرق بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون مالك المنفعة الذي يريد التصرف عن مالك الرقبة بالقيام عنه بإصلاحها، قد سبق أن ذهب له في الرقبة ما له قيمة مالية من نفقة أو عمل في رجاء الحصول علىٰ المنفعة، ولو لم ينشط إلىٰ الإصلاح المشار إليه، وتخلىٰ عن الرقبة، لخسر ما كان بَذَلَه نهائيًّا.

الفرض الثاني: ألَّا يكون قد سبق أن ذهب له نفقة أو عمل كان يرجو أن

يعوضهما، فلو لم ينشط إلىٰ الإصلاح وتخلىٰ عن الانتفاع، لم يضح بشيء إلَّا مجرد حقِّه في أن ينتفع بالرقبة.

ففي الفرض الأول، يرىٰ المذهب المالكي أنَّ الخسارة التي سيتحمل عبأها تنشئ الضرورة التي تبيح التصرف عن الغير، فيجيز له أن يقوم عن مالك الرقبة بالإنفاق عليها بجهده أو ماله حتىٰ يضمن كمال الانتفاع بها الذي دخل علىٰ أمل الحصول عليه، ولكن في حدود ما لا يضر بمالك الرقبة، فإذا قام بهذا التصرف كان له أن يرجع علىٰ مالك الرقبة بالتعويض عمَّا خسره في حدود ما يجب عليه لمالك الرقبة؛ من كراء، أو أجرة، أو حصة من الثمرة.

أمَّا ما زاد علىٰ ذلك فيعتبر متبرعًا به وإن كانت الضرورة باقية؛ لأنَّ دَفْعَ الضرر عنه لا يكون بإيقاعه علىٰ غيره.

فمثلًا: لو استأجر أرضًا للزراعة فزرعها، ثم غارت عينها، فله أن يعمل في العين في حدود كراء سنته التي زرع فيها.

وإذا غارت العين التي تسقي الشجر الذي عليه عُقدت المساقاة، فإن للعامل أن يُصلح العين حمايةً لحقِّه من الثمرة، ويرجع في نصيب صاحب الثمرة من سنته تلك، وفي الفرض الثاني لا يكون له أن يتصرف عن مالك الرقبة بالقيام عليها، فإن فعل ذلك اعتُبر كما لو قام بالعمل أجنبيٌّ لا حقَّ له في المنفعة.

فإذا استأجر أرضًا للزراعة، وقبل أن يزرعها فيذهب فيها بذره وعمله غارت عينها، أو عقد المساقاة علىٰ الشجر، وقبل أن يعمل فيها انهارت البئر، أو استأجر دارًا للسكنىٰ فخربت قبل أن يسكن أو بعدما سكن؛ ففي هذه الأحوال غور العين، وانهيار البئر، وخراب الدار: أعذارٌ تُجيز لمالك المنفعة أن يفسخ العقد، ويسترد ما دفعه بدلًا لمنفعة لم يحصل عليها، وما دام الأمر كذلك، فلن تلحقه خسارة مادية بسبب التخلِّي عن الملك المنتفع به، فلا ضرورة له في أن يقوم عن مالك الرقبة بإصلاح ما تلف.

فإن أنفق وأصلح، اعتُبر متبرعًا فيما ذهب له من جهد أو مال؛ لأنه في هذه الحالة لا يملك أن يتصرف عن الغير، ويلزمه بما لم يلتزمه، فلا يكون له من عمله إلَّا قيمة مستحق القلع إن اختار المالك إبقاءه.

مثل هذا: إذا استأجر الأرض للزراعة سنتين فأنفق في السنة الأولىٰ مثلًا، ثم احتاجت الأرض للإصلاح فله أن يُنفق عليها، علىٰ أن يرجع في كراء تلك السنة، فإذا انتهت السنة ثم شاء أن يزرع لسنةٍ جديدة وأنفق، فلا حقَّ له في الرجوع بالنفقة؛ لإمكانه أن يفسخ العقد فيما بقي دون أن تلحقه خسارة.

والخلاصة: أنَّ مالك المنفعة حين يضطر للقيام عن مالك الرقبة بالتصرف فيها، فإنه يملك ذلك، ويعتبر في قيامه كما لو كان مالك الرقبة أَذِنَ له به.

٥٨- نصوص:

المدونة ج١١ ص١٦٤:

قلت: فإن كان قد اكترىٰ الدار عشر سنين، فلمَّا سكن شهرًا واحدًا انهدمت الدار، أيكون له أن يبنيها من كراء هذه التسع سنين والأحد عشر شهرًا التي بقيت وإن اغترق بناء الدار الكراء كله؟

قال: لا يكون له أن يبنيها، ويقال له: إن شئت فاسكن، وإن شئت فاخرج ولقد سُئل مالك عن الرجل يكتري الأرض ثلاث سنين **وقد زرع** فيها فتغور عينها، ويأبىٰ رب الدار أن يُنفق عليها، قال: للمتكاري أن يعمل في العين **بكراء سنة واحدة، فذلك لربِّ الأرض الذي أكراها لازم ... وإن زاد** علىٰ كراء السنة فهو **متطوِّع** وليس كذلك الدور. قال: وقال لي مالك: وكذلك المعاملة في الشجر إذا ساقاه سنين مسماة فاستغار ماؤها، لم يكن للمساقي **أن ينفق فيها إلَّا قدر ما يصيب** صاحب الأرض، ومن الثمرة سنته تلك.

قال ابن القاسم: وإنما فرق بين كراء الأرض والنخل يغور ماؤها [كذا][1] أنَّ الأرض فيها زرع الداخل، وفي **نفقتها إحياء** لزرعه ومنفعة لصاحب الأرض، وكذلك الثمرة في المساقاة؛ **لأنه قد أنفق فيها ماله؛** فلذلك كانت له الثمرة وأمر بالنفقة، وأنَّ الدار ليس للمتكاري فيها نفقة، وليس يرد الساكن به منفعة علىٰ صاحب الدار إلا ضررًا **عليه في نفقته،** وحبس داره عن أسواقها، فهذا **فرق ما بين الدور، والأرضين التي فيها زرع.**

---

(١) وظاهر أن المراد: وأنها فرق بين كراء الأرض والنخل يغور ماؤها وبين كراء الدار.

قال ابن القاسم: ولو انهدمت العين والبئر قبل أن يزرع ثم أراد أن يُنفق فيها كراء سنتِه، لم يكن ذلك له، وكان بمنزلة الدار، وإنما الذي أمر مالك فيه بالنفقة إذا زرع، وسقىٰ المساقي، فهذا وجه ما سمعت من مالك وبلغني عنه كما فصلت لك.

الذخيرة: ج٤ ورقة ١٥٣/ظ:

قال اللَّخمي: وكذلك [لا يحق الاتفاق ليرجع] إن قلب الأرض ولم يبذر . . .؛ لأنه إذا رد كان **كراء الأرض بينهما** بقيمة الأرض محروثة وقيمة الحرث، فإن لم يوجد مَن **يكتريها**، فكما لو وزعت؛ لئلا تذهب نفقتُه فيها أو عملُه. قال ابن يونس: إن أكرىٰ بيته فانهدمت [كذا] بعد شهرين فبناها بما عليه من الكراء، ثم **قدم** ربها، فله حصة ما سكن المكتري قبل الهدم، وكراء العرصة بعد الهدم. وللمكتري نقضُ بنائه إلَّا أن **يعطيه قيمته منقوضًا**.

الدسوقي: ج٤ ص٥٥:

قوله: [ويلزم المكتري ما أنفقت]؛ «لأنك قمت عنه بواجب»، في هذا التعليل نظر؛ إذ لا يلزم المكري الإصلاح للمكتري، والذي **علَّل به ابن يونس كما في [البناني]** أن المكتري متىٰ ترك ذلك **فسد زرعه**، ولم يكن لرب الأرض كراء، وحينئذٍ فلا يمنع من أمر ينتفع به هو غيره، ولا ضرر عليهما فيه.

الحطاب ج٥ ص٤٤٦:

الصقلي عن **محمد**: إن كان قبضها [الأجرة] ربها [الأرض] غرمه، فإن كان **عديمًا فللمكتري إنفاق قدره** ويتبعه به، وإن كان ذلك في السنة الثانية فله إنفاق حصتها ولا يتفق عليها شيئًا من حصة الأولىٰ، فإن كان ذلك قبل أن يزرعها، فقال أشهب: لا شيء علىٰ ربها، **وللمكتري** أن يفسخ، فإن أنفق من عنده، **فلربِّ الأرض كراؤه كاملًا**، ولا شيء للمكتري فيما أنفق **إلَّا في نقص قائم من حجر أو نحوه** يعطيه قيمته منقوضًا، أو يأمره بقلعه[1]

---

(١) المدونة ج١٤ ص٣٩، الذخيرة ج٤ ورقة ١٥٢/ب، المواق ج٥ ص٤٤٤ و٤٤٦، الحطاب ج٥ ص٣٨٣، الشرح الكبير والدسوقي ج٤ ص٥١ و٥٤ و٥٥، التسولي ج١ ص١٧٤-١٧٥، الخرشي ج٧ ص٥٢-٥٣.

٣ - من له حق ارتفاق

٥٩- إذا كان لشخصٍ حقُّ العلو علىٰ ملك شخصٍ آخَرَ، أو كان له حق غرز الخشب في حائطه، فإذا انهدم السفل أو الحائط، فإنَّ صاحبه يُجبر علىٰ إعادته، فإن لم يفعل لإبائه أو لغيبته أو نحو ذلك فأعاده الآخر، استحقَّ عليه الرجوع، ولكن لا لأن له الولاية علىٰ التصرف عنه بحكم الضرورة فقط، بل باعتبار أنه قام عنه بواجب.

٦٠- نصوص:

الشرح الكبير: ج٣ ص٣٦٥-٣٦٦:

يُقضىٰ علىٰ ذي سفل بالنسبة لمن هو أعلىٰ منه بأن يعمر، أو يبيع لمن يعمر إن وهىٰ الأسفل، فإن سقط الأعلىٰ علىٰ الأسفل فهدمه، أُجبر ربُّ الأسفل علىٰ البناء أو البيع ممن يبني ليبنىٰ رب العلو علوه عليه، وعلىٰ صاحب السفل تعليق الأعلىٰ حتىٰ يتم إصلاح الأسفل.

دسوقي ص٣٦٦:

قوله: «تعليق الأعلىٰ»؛ أي إذا خيف سقوطه، فيلزمه أجرة الخشب الذي يعلق عليه الأعلىٰ، وأجرة من يتولىٰ التعليق، وما ذكره من أن تعليق الأعلىٰ علىٰ صاحب السفل الواهي، هو المشهور، وقيل: إن تعليق الأعلىٰ علىٰ صاحبه.

الشرح الكبير ج٣ ص١٤-١٥:

وجاز عقد علىٰ غرز جذع في حائطٍ لآخَرَ بيعًا أو إجارةً وهو لازم البقاء **فيلزم البائع أو وارثه أو المشتري منه إعادة** الحائط إن هُدم.

٤ - المرتهن

٦١- وضع المسألة:

بخلاف المذهب الحنفي، يتحمَّل الراهن في المذهب المالكي تبعة هلاك الرهن فهو في يد المرتهن أمانة، ولما كان وثيقة دين المرتهن، فمن مصلحته أن يحميه ويحفظه من النقص والضياع، وقد يقتضي ذلك أن يقوم بالإنفاق عليه بنفسه؛ لعدم إمكان قيام الراهن بذلك، وعدم إمكان إذنه به، فتدخل المسألة بذلك مجال قاعدة الضرورة.

هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرىٰ قد لا يتسنىٰ بيعُه لاقتضاء دينه منه. لا يتسنىٰ بيعه من الراهن ولا من الحاكم، فتقتضيه الحاجة إلىٰ الوصول إلىٰ نيَّته أن يقوم هو ببيعه، فتدخل المسألة بهذا أيضًا في مجال قاعدة الضرورة، ولكن هذا لا يُغني عن التفصيل.

٦٢- بيع المرتهن الرهن:

يحدث أن يفوض الراهن للمرتهن بيع الرهن بعد العقد، فيجوز بيعُه متىٰ حَلَّ الدين بالإذن المطلق.

وقد يأذن له في بيعه وقت العقد إذنًا مطلقًا، أو يأذن له في بيعه إذنًا مقيدًا بعدم الوفاء بدينه في وقتٍ يحدده، ويستوي أن يقع الإذن المقيد وقت العقد وبعده، ففي هاتين الصورتين يجوز بيعُ المرتهن للرهن إذا توافرت شروط البيع، ولكن يشترط أيضًا إذن إضافي من الحاكم بإجراء البيع.

ويبدو أنَّ هذا الإذن الإضافي شرطٌ للجواز الديني، فإذا تخلَّف فإنه يمضي مع ذلك.

وعلىٰ كلٍّ، فإذا باع المرتهن بالإذن المطلق والمقيد في العقد أو بعده، فإنَّ البيع يقع تصرفًا عن الغير بإذنه، فلا يدخل مجال قاعدة الضرورة.

أمَّا إذا لم يأذن الراهن للمرتهن بيعه، فلا يكون له ولاية علىٰ البيع، فإذا باعه مع ذلك اعتُبر فضوليًا، وسبيلُه لاقتضاء دينه من ثمن الرهن أن يرفع الأمر إلىٰ القضاء ليحصل علىٰ ترخيص منه بالبيع، أو يبيعه القاضي.

وقد لا يمكن الحصول علىٰ الترخيص من القضاء بالبيع، أو علىٰ الحكم به، ويكون السبب في ذلك أن الرهن مما يُخشىٰ عليه الفساد بمرور الزمن القصير، بحيث لا يمكن انتظارُ نتيجة رفع الأمر إلىٰ القضاء، أو يكون ذلك لسببٍ آخر؛ ففي مسألة ما إذا كان الرهن يُخشىٰ عليه الفساد يجوز للمرتهن الاستقلال ببيعه، وإن كان ذلك تصرفًا عن الغير بغير وكالة ولا ولاية، ولكن برَّره أن المرتهن مضطر إليه ليصل إلىٰ حقِّه، وفيه مصلحة للراهن نفسِه. وفيما عدا هذه المسألةِ مما لم يمكن الحصول معه علىٰ الترخيص أو الحكم بالبيع، يجوز أيضًا للمرتهن البيع؛ لأنه مضطر إليه كما قلنا، ولكنهم اشترطوا هنا نوعًا من الشكلية، فاشترطوا لصحة البيع ونفوذه في حق المالك، أن يكون بمحضر من العدول يشهدون النداء عليه، ويشهدون بما بلغ من الثمن. فإن فُقد هذا الشرط، لم ينفذ البيع علىٰ الراهن.

ويُشترط في النوعين أن يصاب بالتصرف وجه البيع؛ بمعنىٰ أن يكون نظرًا وبقيمة المثل، فإن فُقد هذا الشرط كان بيعَ فضولي، وهنا نرىٰ العقد يكون تطبيقًا لقاعدة الضرورة كما رأينا في شأن بيع الشريك في الملك فيما سبق.

٦٣- إجارته:

في المذهب المالكي يتولىٰ المرتهن إدارة الرهن بالإجارة أو الكراء أو المزارعة عليه أو المساقاة، ولكن ذلك موجب عقد الرهن وأثرٌ من آثاره.

٦٤- نصوص:

الشرح الكبير ج٣ ص٢٥٠:

إن قال [الراهن] للأمين أو المرتهن معه: **إن لم آت** بالدين في وقت كذا، أو أذن للمرتهن **في العقد مطلقًا، لم يجز بيعه** ... إلَّا بإذن حاكم؛ لما يحتاج إليه من إثبات الغيبة وغيرها، فإن **عسر الوصول** إليه فيحضره عدول من المسلمين **ندبًا،** فإن باع بغير إذن الحاكم **مع تيسُّره،** مضىٰ فيهما -أي في الأمين والمرتهن- **وإن لم يجز ابتداء.** ومحل المنع إذا لم يكن المبيع **تافهًا ولم يخش فساده وإلا جاز مطلقًا.**

ابن عبد السلام ج٤ ورقة ٩٠/ب:

قال أشهب: وإذا كان الرهن مقتاتًا أو **ما يخشىٰ فساده،** فبيعُه جائزٌ **دون مؤامرة سلطان ولا عدول** ... وحمله بعضهم علىٰ الخلاف؛ لما في المدونة.

التسولي: ج١ ص١٧٧:

وإذا لم يجعل [الراهن] له [المرتهن] البيع أصلًا، لم يجز البيع فإن تعدَّىٰ وباعه قبل الأجَل أو بعده، ردَّ بيعه قال في المدونة: وإذا لم يأذن له الراهن في بيع الرهن، رفعه المرتهن إلىٰ السلطان، فإن وفاه حقه، وإلَّا باع الرهن وأوفاه حقه. اهـ. وكذا إذا كان الراهن غائبًا وهذا كلُّه إذا أمكن الوصول إلىٰ الحاكم، **وإلَّا جاز البيع اتفاقًا،** لكن لا بد أن يحضر العدول للنداء والإشهاد بما بلغ من الثمن في ابن عرفة والمتيطية وإلَّا رد بيعه.

٦٥- النفقة علىٰ الرهن:

إذا كان الإنفاق علىٰ الرهن مما لا بد للراهن منه؛ بأن كان واجبًا عليه لحقِّ الله -كما لو كان الرهن حيوانًا- أو كان واجبًا عليه لحق المرتهن -فيما لو قلنا بوجوبه- أو كان ضروريًا للرهن لا بد للراهن منه، فإن المسألة تنتقل حينئذٍ إلىٰ مجال قاعدة المنفعة، ويكون الحكم -كما سنعرف- (١) أنه يجوز للمرتهن القيام بذلك عن الراهن، و(٢) يرجع بجميع ما أنفق (٣) في ذمة المرتهن لا فيما

أنفق عليه، (٤) فلا يحبس الرهن في هذا الدين الجديد إلَّا باشتراطه[1]، أمَّا إذا كانت النفقة مما للراهن منه بد؛ كالنفقة علىٰ شجرٍ له لا يهمه تلفُه إذا خيف عليه التلف لتغوُّر مائه أو غرقه مثلًا، فإذا أنفق عليه المرتهن يستهدف بنفقته حماية ضمانه وإصلاح وثيقته، فإن المسألة تدخل مجال «قاعدة الضرورة»، ويكون الحكم حينئذٍ أنه (١) يجوز للمرتهن القيام بهذا التصرف، (٢) ويرجع علىٰ الراهن من نفقته بما لا يزيد علىٰ قيمة ما أنفق عليه [أي الرهن]، (٣) ويرجع في الرهن لا في ذمة الراهن، (٤) ونتيجةً لتعلُّق هذا الدين بالرهن يكون للمرتهن حبسُه فيه.

وقد وقع الخلاف في المذهب في هذه النفقة أو تلك، هل تجب علىٰ الراهن أو لا تجب؟ وأثر هذا انتقال المسألة إلىٰ أحد المجالين: مجال «قاعدة الضرورة»، أو مجال «قاعدة المنفعة».

٦٦- نصوص:

المدونة ج١٤ ص٢٠:

قلت: أرأيت ما أنفق المرتهن علىٰ الرهن بإذن الراهن **أو بغير إذنه**، أتكون تلك النفقة في الرهن في قول مالك؟ قال: قال مالك: **النفقة** علىٰ الراهن

قلت فلِمَ قال مالك **في الضالة**: هو أولىٰ بها، وفي نفقة الراهن لِمَ لا يكون أولىٰ بها أيضًا؟ قال: لأنَّ الضالَّة لا يقدر علىٰ صاحبها، ولا بد له من أن ينفق علىٰ الضالة، ونفقة الرهن ليس هي علىٰ المرتهن، فلو شاء طلب صاحبه، فإن لم يكن صاحبه حاضرًا رفع ذلك إلىٰ السلطان.

الذخيرة: (١) ج٥ ورقة ٢٠٦/ب:

فعلىٰ القاعدة [قاعدة المنفعة] ترجع بالنفقة في الضالة **والرهن، ولا يشترط**

---

(١) لا يعني هذا أن هذين الحكمين [٣ و٤] هما من الأحكام المطلقة في قاعدة المنفعة؛ بل ولا الحكم الثاني، ونكتفي الآن بهذا التحفظ علىٰ أنه قد جاء في الذخيرة (١) ج٥ ورقة ١٠٧/ظ، وفي العتبية: إذا غارت بئر النخل أجبر المرتهن [صحته الراهن] علىٰ الإصلاح، وإن أعسر وكان بيع الأصل خيرًا له، يبيع ما يصلح به، وإن تطوع المرتهن ورأىٰ ذلك خيرا للراهن، فعل، وكان أولىٰ بالنخل حتىٰ يأخذ نفقته، ولا ينظر إلىٰ قيمة المنفعة ولا قيمة الأصناف.

أن يكون الحق واجبًا كأداء الدين قاله ابن أبي زيد في النوادر. ويرجع المرتهن بما أنفق وإن جاوز رقبة الرهن بخلاف الضالة ونحوها، لأن الرهن عالم باحتياجه **فهو كالإذن.**

ابن عبد السلام ج٤ ورقة ٩٠/ظ:

المرتهن إذا أنفق علىٰ الرهن شيئًا، فلا يكون الرهن رهنًا به. هذا مذهب المدونة، وقال أشهب: بل يكون الرهن رهنًا به.

الشرح الكبير ج٣ ص٢٥١:

ورجع مرتهن علىٰ الراهن بنفقته التي أنفقها عليه حين احتاج لنفقة؛ **كالحيوان، وعقار** احتاج لمرمه، **ولو زادت النفقة علىٰ قيمة الرهن . . . في الذمة** -أي ذمة الراهن- **لا في عين الرهن،** ولو لم يأذن له الراهن في الإنفاق؛ لأنه قام عنه بواجب.

الخرشي: ج٥ ص٢٥٤:

لأنه قام عنه بواجب؛ سواء كان الراهن حاضرًا أو غائبًا، مليًّا أو مُعدِمًا.

ابن عبد السلام ج٤ ورقة ٩٠/ب:

قال **ابن يونس** إن كان [الراهن] عديمًا **فلا تلزمه نفقته،** وينفق عليه المرتهن إن أحب، ويكون له ذلك **في ثمنه مبدأ** قال: **والقياس** عندي ألَّا يُتبعه **بما جاوز ثمنه؛** لأنه لم يأذن له في النفقة علىٰ الحقيقة؛ قال: ولأن من حجته أن يقول: كان ينبغي لك إذا بلغتِ النفقةُ مقدار ثمنه أن ترفعه إلىٰ الإمام فيبيعه في نفقتك، ولا تخلد في ذمتي دينًا لم آذن لك فيه؛ يريد إذا كان الإمام ممَّن يملك الرفع إليه ويسهل تثبيت الدين عنده، وهذا كلُّه عند ابن القاسم؛ سواءٌ كانت النفقة علىٰ الرهن بأمر الراهن أو بغير أمره.

الذخيرة (١) ج٤ ورقة ١٥٣/ظ:

قال اللَّخمي -في المرتهن الزرع والنخل-: له الإنفاق **إن امتنع ربه، والنفقة في الزرع ورقاب النخل؛ لئلا يهلك رهنه، فهو** معذورٌ كالمكتري والمساقي،

ويبدأ من الرهن بما أنفق؛ لأنه أخصُّ به من الدين وإن لم يوف **لم يكن الفاضل علىٰ المالك؛ لأنه لا يجب عليه الإصلاح.**

ابن عبد السلام ج٤ ورقة ٩١/ظ وب:

قوله [ابن الحاجب]: «وإن كان شجرًا وشبهه فانهارت البئر وخيف التلف؛ ففي إجباره قولان» **وغير الإجبار مؤول علىٰ المدونة؛ لأنَّ فيها** أنَّ من ارتهن نخلًا ببئرها أو زرعًا أخضر ببئره **فانهارت** البئر، فأبىٰ الراهن أن يصلح فأصلح المرتهن؛ **لخوف** هلاك الزرع والنخل، فلا رجوع له بما أنفق علىٰ الراهن، ولكن يكون ذلك في الزرع وفي رقاب النخل **يبدأ فيه بنفقته،** فما فضل كان في دينه، فإن فضل بعد ذلك شيءٌ كان لربه قوله: «**وإذا لم يجبر** فأنفق المرتهن، ففي الشجر يبدأ بنفقته ويتبعه بنفقته ويتبعه بدينه، أو بما بقي»؛ يعني **إذا فرعنا علىٰ القول بأنه لا يجبر** فأنفق المرتهن، **لم يكن متطوعًا** بهذه النفقة من **كل** الوجوه، وإنما تكون نفقته في غلة الشجر، فإن ساوت الغلة ما أنفق في كلام، وإن كانت الغلة أكثر، لم يكن للمرتهن إلَّا النفقة وتسقط زيادتها علىٰ الغلة، ويبقىٰ دينه علىٰ ما كان عليه.

الشرح الكبير ج٣ ص٢٥٣:

وإن أنفق المرتهن من ماله علىٰ رهنٍ كشجر أو زرع، **خيف عليه التلف؛** لعدم الإنفاق بدئ من الثمر والحب بالنفقة التي صرفها في ذلك علىٰ الدين ولا تكون النفقة في **ذمة الراهن. والفرق ... أن نفقة الحيوان وكذلك العقار لا بد منها، فكأن المرتهن دخل علىٰ الإنفاق** عليهما، وإذا لم يشترط كون الرهن رهنًا بها **كان سلفًا منه** للراهن، بخلاف هدم البئر ونحوه، فإنه غير مدخول عليه، ولما كان إحياء الزرع ونحوه إنما يحصل عن إنفاق بدئ به علىٰ دين المرتهن(١)

---

(١) الذخيرة (١) ج٥ ورقة ٢٠٩/ب، ابن عبد السلام ج، ورقة ٩٠/ظ- ٩١/ب، الشرح الكبير والدسوقي ج٣ ص٢٥١-٢٥٢، ٢٥٣، الخرشي والعدوي ج٥ ص٢٥٤ و٢٥٥، حجازي وضوء الشموع ج٢ ص١٠٨، هذا وبالنسبة للراهن أيضًا جاء في الذخيرة (١) ج٥ ورقة ٢٧٠/ظ: «وإذا خاف الراهن =

٦٧- فداء الرهن:

إذا كان الرهن عبدًا وجنىٰ، فإن الجناية تكون في رغبته، ولا يلزم الراهن أن يفديه لحق المرتهن، فإذا شاء المرتهن أن يفديه إبقاءً علىٰ وثيقته وإحياءً لضمان دينه الذي اعتبر في حكم الهالك بالجناية، فإن له ذلك ويرجع بالفداء علىٰ الراهن؛ لأنه فعل ذلك مضطرًّا فيه. وكحكم التطبيقات السابقة لقاعدة الضرورة، يكون الرجوع محصورًا في المرهون، فلا يرجع بالزائد علىٰ ذمة الراهن، ويكون له حق حبسه في قدر الفداء.

والظاهر أنَّ حكم ذلك يَسري حيث يترتب دينٌ جديد في رقبة الرهن؛ مثل أن يضيع فينفق عليه واجده، فالنفقة تترتب في رقبته. فإذا أدَّاها المرتهن، رجع بها علىٰ الراهن علىٰ نحو ما سبق.

٦٨- نصوص:

مدونة: ج١٤ ص١٩:

[إذا جنىٰ الرهن] قال مالك: يقال لرب العبد: افتد عبدك، فإن **أبىٰ** أن يفديه، قيل للمرتهن: افتده؛ لأن حقك فيه. فإنِ افتداه فأراد سيِّدُه أَخْذَه، لم يكن له أخذُه **حتىٰ يدفع ما افتداه به** من الجناية مع دينه، فإن أبىٰ سيده أن يأخذه، بِيع، فبدئ بما فداه به المرتهن من الجناية، فإن قصر ثمنه عن الذي أدىٰ فيه المرتهن **لم يكن للمرتهن علىٰ السيد في ذلك شيء** إلَّا الدين الذي ارتهنه به وحدَه؛ **لأنه افتداه بغير أمره،** وإن زاد ثمنه علىٰ ما افتداه به من الجناية، قضىٰ بالزيادة في الدين عن الراهن.

حجازي ج٢ ص١١٠:

لأنه [المرتهن] إنما افتكَّه ليردَّه إلىٰ ما كان عليه أولًا، **ولولا ذلك ما**

= الهلاك علىٰ الزرع، وأبي المرتهن النفقة فأخذ مالًا من أجنبي فأنفقه عليه، فالأجنبي أحق بمبلغ نفقته من ثمن الزرع من المرتهن، وإن لم يفضل شيء رجع المرتهن بدينه، ومعناه إذا شرط نفقة الأجنبي فيه. انظر أيضًا: ابن عبد السلام ج٤ ورقة ٩١/ب.

كان له طريق إلىٰ العبد، فيرجع إلىٰ ما كان عليه، ولا يتعلق بذمة الراهن؛ لأنه بإسلامه **غير ملتزم لفدائه.** فإن لم تَفِ قيمتُه بالفداء، لم يتبع الراهن؛ لأن من حجته أن يقول للمرتهن أنت كنت قادرًا علىٰ تسليمه[1]

---

(١) المدونة ج١٥ ص١٣٥، الشرح الكبير ج٣ص ٢٥٧.

٥ - من يقضي دين غيره لتخليص ملكه

٦٩- القاعدة العامة في المذهب المالكي، أنَّ مَن أوفىٰ دينًا علىٰ غيره، استحقَّ الرجوع عليه بقدر ما أوفىٰ في حدود الدين، ما دام لا يقصد بالوفاء الإضرار بالمدين والإعنات في مطالبته، فمَن احتبس مِلكَه في دين غيره علىٰ نحو ما سبق في الفصل الأول فاضطُرَّ إلىٰ وفاء دين الغير ليصل إلىٰ ملكه، فإنه يستحق الرجوع عليه من باب أَوْلىٰ.

وبهذا يتبين أنَّ استحقاق الرجوع ليس مؤسسًا علىٰ «قاعدة الضرورة»، بل علىٰ «قاعدة المنفعة».

وهذه القاعدة الأخيرة تسمح للموفىٰ بالرجوع -كما قدمنا- إذا كان الوفاء في حدود دين ترتب في ذمَّة الغير فقط، فهل تسمح الضرورة بتجاوز ذلك؟ الجواب بالنفي؛ لأن الضرر لا يُزال بالضرر.

إذا رجع البائع علىٰ المشتري المفلس بما باعه منه قبل الإفلاس، كان له ذلك، فلو كان العبد المذكور قد احتبس بجنايته، فلا وصولَ لصاحبه إليه إلَّا بفدائه عن الجناية، فإذا فَدَاه فلا رجوع له بفدائه علىٰ المفلس؛ لأن الجناية في رقبته، وقد كان له تسليمه فيها، فإذا فداه فقد تطوع بالفداء، وهذا بخلاف ما لو رهنه المفلس، فقضىٰ البائع الدين المرهون به، فإنه يستحق الرجوع علىٰ المفلس بفدائه، بل وله أن يخاص الغرماء بهذا الفداء.

٧٠- نصوص:

الشرح الكبير: ج٣ ص٢٨٥:

و.. للغريم إذا وجد سلعته قد رهنها المفلس فك الرهن وخاص الغرماء بفدائه لا بفداء الرقيق الجاني عند المفلس، إذا أسلمه للمجني عليه ففداه ربُّه بأرش الجناية، فلا يخاص بالفداء غرماء المفلس، بل ولا يرجع به عليه، ويضيع عليه.

الدسوقي: الموضع ذاته:

لأن الجناية ليست في **ذمة المفلس**، بل في رقبة الجاني؛ إذ له تسليمه فيها، فصار فداء البائع له محض **تبرع** منه، بخلاف الدين المرهون به، فإنه كان في ذمته، والرهن من سببه.

٦- من قضى دين غيره مجبـرًا

٢١- كما تقدَّم في التطبيق السابق، من قضىٰ دين غيره ولو مختارًا، استحقَّ الرجوع عليه، فبخلاف المذهب الحنفي، لا مجال هنا «لقاعدة الضرورة».

بلىٰ، إن لها مجالًا، ولكن من وجهٍ آخر، فإذا فرض أن المجبر علىٰ قضاء دين علىٰ غيره، كان بيده ملك لهذا الغير، فإن له -بحكم الضرورة- أن يبيعه ليصل إلىٰ ثمنه، فيؤدي منه الدين. وهذا يتم حتىٰ لو كان الإجبار بدون حق، علىٰ ما اختاره المتأخِّرون وجرىٰ به العمل؛ من أن البيع «الذي أجبر علىٰ سببه جبرًا حرامًا» يمضي وينفذ علىٰ المالك.

وهنا رأينا تصرفًا قوليًّا أو عقدًا يمضي علىٰ الغير وإن صدر من غير ولي ولا وكيل. ولا غرابة؛ فذلك موجب لقاعدة الضرورة.

٧٢- نصوص:

التسولي: ج٢ ص٧٧:

لو أكره السلطان رجلًا علىٰ أن يغرم عن **أخيه الغائب مالًا، فباع** الرجل شيئًا من متاع **أخيه، فالبيع نافذ** كما قال «في الاستحقاق» من «المعيار» في رجل أكرهه السلطان علىٰ أن يغرم مالًا عن أخيه فباع متاعه ومتاع أخيه، أن البيع نافذ، ويرجع علىٰ أخيه بما غرمه. وكذا وقفت عليه لبعض الفقهاء الفاسيين في امرأة أكرهها الحاكم علىٰ أن تؤدي عن ولدها الغائب ثمنًا، فباعت شيئًا من متاع الولد، أن البيع **لازم**، واحتج بما في «المعيار». قلت: وعليه؛ فلو أخذ السلطان

رجلًا بمالٍ ظلمًا، أو في جناية اتُّهم بها فهرب، فأخذت **جماعة** بسببه، فباعوا أملاكه **علىٰ وجه السداد؛ لأداء** ما أخذ به، فالبيع **لازم** له. وما مر في «المعيار» نحوه له -في الدماء أيضًا- في وصي أخذ بسبب محجوره **حتىٰ أدىٰ مالًا**، فإن ذلك يكون في مال المحجور، ومثله في الأقضية منه[1]

---

(١) الدسوقي ج٣ ص٦-٧.

٧ - الـدائـن

٧٣- التنفيذ علىٰ حساب المدين:

إذا التزم المدين بعملٍ لا يقتضي تدخل شخصه؛ بأن كان العقد لا علىٰ عينه، بل في ذمته كرعاية الغنم، وتعليم الصبيان، وإرحال إبل الكراء، فإذا غاب المدين، هرب أو تروغ، جاز للدائن أن ينفذ العمل علىٰ حساب المدين؛ لأنه لا يصل إلىٰ حقه إلَّا بهذا، فأوجبته له قاعدة الضرورة، وإن كان تصرفًا عن الغير بدون ولاية ولا وكالة.

وله في هذه الحالة أن يرجع علىٰ المدين بالعوض، وإن جاوز ما كان وجب للمدين بسبب العقد، فإن لم يجاوزه ولكنَّه نقص عنه، فما فضل فللمدين.

ومن الأمثلة علىٰ هذا: أن يموت العامل في المزارعة والمغارسة والمساقاة، أو يعجز أو يغاب، فما لم يتم العمل فلرب الأرض أو الشجر أن يعمل فيه بنفسه، أو يستأجر من يعمل فيه كل ذلك علىٰ حساب العامل، فإن نقصت النفقة عن نصيبه من الثمر أو الحب، كان له الفضل، أو زادت عليه اتبع الزيادة.

نرىٰ هنا أن العامل يتبع بالزيادة علىٰ نصيبه من الناتج، وقد سبق أن رأينا في النفقة علىٰ الزرع المشترك أن الشريك الذي لم ينفق لا يتبع بالزيادة علىٰ نصيبه من الناتج، والفرق ظاهر؛ ذلك أن العمل هنا قد تعلق بذمة العامل، فكان عمل رب العامل أو نفقته قضاءً لواجب علىٰ العامل، فالرجوع عليه بالزيادة لا يكون تجاوزًا لما لحقه من منفعة.

هذا، ولو فرض أن نصيب العامل مما يجوز بيعه؛ مثل أن يغاب، أو يعجز بعد الطيب وبدو الصلاح في الثمر، فإن لرب المال (الأرض أو الشجر) أن يبيع نصيب العامل من الناتج ثم يصرفه في تكميل العمل الواجب عليه بالعقد، فإن بقي له شيء أخذه أو بقي عليه أتبع به.

والضرورة هنا كما أجازت التصرف الفعلي بالنفقة، أجازت التصرف القولي بالبيع.

ويبدو أن هناك اتجاهًا في المذهب المالكي بتقييد حق الدائن في التنفيذ علىٰ المدين علىٰ حسابه؛ بأن يكون ذلك فيما استوفىٰ فيه الدائن بعض العمل لظهور الضرورة؛ لأنه في هذه الحالة ربما تعرض لمطالبته بأجر ما استوفىٰ.

أمَّا إذا كان العقد قد تمَّ ولم يستوفِ الدائن شيئًا من العمل، فإن له أن ينفذ علىٰ حساب المدين ولكن بعد ترخيص من القضاء(١)

٧٤- نصوص:

أ- مدونة ج١١ ص١٤٢:

قلت: أرأيت إن أكراني إبله وتركها في يدي فأنفقت عليها، أيكون لي علىٰ المكري النفقة التي أنفقت عليها؟ قال: قال مالك: نعم، يكون عليه ما أنفق عليها، قال مالك: ويكون له أن يتكارىٰ عليها من يرحلها ويرجع بذلك علىٰ المكري، قلت: أرأيت إن اكتريت **ولم آخذ منه حميلًا** ثم هرب المكارىٰ فأتيت السلطان، **أيتكارىٰ له عليه السلطان؟** قال: نعم.

التسولي: ج٢ ص١٨٢:

إذا تروغ **الأجير** . . . لأرباب **الغنم وآباء الصبيان**، أن يضمناه قيمة المنافع الباقية، ويؤجر من يرعىٰ ويعلم الصبيان **عليهما** بقية الأمد، فإن قدرا عليه يومًا

(١) قارن هنا المادة: ٢٠٩ من التقنين المدني المصري «وتطابقها المواد: ٢٠٠ سوري، و٢١٢ ليبي، و٢٥٠ عراقي» والمادة ٢٦١ مراكشي.

أخذا منه ذلك إن زاد على ما وجب له فيما رعى، وإن نقص عنها كان له. هذا هو الذي تقتضيه الأصول.

ويؤيده ما وقعتُ عليه لبعضهم ناسبًا لنوازل ابن سحنون- بعد أن قرر الخلاف هل له شيء أم لا؟ قال: قال محمد [ابن سحنون]: وأنا أقول: إن وقعت الإجارة بينهما صحيحة، استؤجر على رعايته سنة معينة، وليس له شيء إلَّا بتمام عمل السنة؛ يعني ليس له إلَّا ما فضل عن تمام السنة إن فضل له شيء.

ب- ميارة ج٢ ص٢١٥:

قال اللَّخمي -في تبصرته- قال ابن القاسم في المساقي يعجز بعد صلاح الثمرة، فإنه يباع نصيبه ويستأجر عليه منه، فإن كان فضل كان له، وإن كان نقصان أتبع به. وقال ابن يونس في هذه الصورة: لا [الصواب حذف لا][1] يجوز أن يساقي غيره ويستأجر من يعمل، فإن لم يجد بيع نصيبه إلخ. فرع: إذا عجز العامل قبل الطيب ولم يجد أمينًا فقال رب الحائط: أنا أستأجر من يعمل تمام العمل ويبيع [صوابها أبيع][2] ما صار له من الثمرة واستوفى ما أديت، فإن فضل شيء فله، وإن نقص أتبعه، فينبغي أن يكون له ذلك؛ كقول ابن القاسم -في المتزارعين يعجز أحدهما بعد العمل وقبل طيب الزرع- قال: يقال لصاحبه: اعمل، فإذا يبس الزرع [بعت][3] واستوفيت حقَّك، فما فضل فله، وما عجز أتبعته به؛ لأن العمل كان له لازمًا فكان كذلك.

تسولي: ج٢ ص١٩٤:

إذا عجز بعد بدوِّ الصلاح، فإنه يُباع حظُّه من الثمر ويستأجر بثمنه من يكمل العمل، فإن كان له فضل فله، وإن كان نقص فيتبع به، إلَّا أن يرضى رب الحائط أخذه ويعفيه من العمل، فذلك له. قاله في التوضيح[4]

---

(١) انظر: التسولي ج٢ ص١٩٥.

(٢) انظر: التسولي ج٢ ص١٩٥.

(٣) انظر: التسولي ج٢ ص١٩٥.

(٤) وانظر في (أ) أيضًا الذخيرة ج٤ ورقة ١٣٨/ظ، التاودي والتسولي ج٢ ص١٨١، ويلاحظ أن الضرورة =

٧٥- استعمال الدائن لحقوق مدينه:

يحمي المذهب المالكي الدائنَ أكثرَ مما تحميه بقية المذاهب؛ فهو يقيد تصرفاته الضارة بدائنيه لصالح هؤلاء الدائنين إذا أحاطت الديون بأمواله، وإن لم يحجز عليه بعدُ، فيجيز لهم أن يردوا من تصرفاته ما يضرُّ بهم، فيتم بهذا ما يقابل النظام المعروف في الفقه العربي الحديث باسم الدعوىٰ البوليصية (action paulienne)، هذا من جهة.

ومن جهة أخرىٰ، يخوِّل هذا المذهب للدائن أحيانًا استعمال حقوق مدينه إذا كان إهماله لها يضر بالدائن، ولكن هذا علىٰ سبيل الاستثناء، فليس للغرماء ولو كان مدينهم مفلسًا -بالمعنىٰ الأخص- أن يأخذوا بشفعة وجهت له، أو يقبلوا صدقة أو هبة أُعطيت له، أو يقبلوا مداينة أوجبت له، أو يستعملوا حقَّه في اعتصار ما وهب لولده، أو في اختيار العفو عن القصاص والأخذ بالدية[1].

لكن لهم مع ذلك:

١- أن يقبلوا أن يرفضوا فيما اشتراه أو باعه علىٰ أنه بالخيار، ويشترط في هذا أن يكون المدين مفلسًا بالمعنىٰ الأعم -بمعنىٰ أن يكون الدين أحاط بماله وقام عليه غرماؤه، ولكن لا يشترط أن يكون محجورًا عليه بسبب إعساره.

وهذا تطبيق «لقاعدة الضرورة»، ولما كان الأمر كذلك، فليس لهم أن يضروا المدين باستعمال حقه في قبول الخيار، فلو كانت قيمة المبيع تختلف عن

= لا تتحقق حين يمكن جبر المدين علىٰ التنفيذ بنفسه، في التسولي ج٢ ص١٨٢: «فإن لم يتروغ [الأجير] وكان حاضرًا وهو رشيد، فإنه يضرب ويسجن ويؤخذ منه كفيل بذلك حتىٰ يفعل. وانظر في (ب): الدسوقي ج٣ ص٥٤٦، التسولي ج٢ ص١٩٥، ١٩٩، ٢٠٤.

(١) وفي الفقه العربي الحديث أيضًا، ليس للدائن استعمال «حق» قبول الإيجاب وشبهه باسم مدينه (الوسيط ج٢ ص٩٦٢)، ويسمي الأستاذ السنهوري هذا الحق وشبهه: رخصة، بينما يسميه في (مصادر الحق ج١/ ٥) الحق المنشئ "droit formateur"، ويسميه الأستاذ شفيق شحاتة (النظرية العامة للالتزامات ص٢٦٥) الحق شبه العيني.

ثمنه، لم يكن على المدين شيءٌ من النقص، بل يلتزمه الدائنون، ولكنه يستفيد من الزيادة فتكون له.

٢- أن يستعملوا دعاواه، والظاهر أن هذا مقيد بما كان منها يتصل بحق مالي، وسنفرد هذا الاستثناء بفقرة لاحقة.

٣- لهم أن يقبلوا في رأي ما يسلفه غيره له لقضاء دينه إذا امتنع هو عن القبول.

٧٦- نصوص:

الشرح الكبير ج٣ ص٢٧٠-٢٧١:

ولا **يلزم المفلس** ... أن يتسلف، ولا قبوله، ولا قبول صدقة ولا هبة ولا أخذ شقص بالشفعة فيه فضل ولا عفو عن قصاص وجب له للدية أو انتزاع ما وهبه -قبل إحاطة الدين- لولده.

المواق ج٤ ص٤٢١:

المدونة: قال ابن القاسم إذا **أحاط الدين** بمال **الميت** فاختار غرماؤه ردًّا وأخذًا، وذلك **أوفر للتركة** وازديادًا لقضاء دينه، فذلك لهم دون الورثة، فإن تركوا لم يكن للورثة الأخذ إلَّا أن يدفعوا الثمن من أموالهم دون مال الميت.

الشرح الكبير: ج٣ ص١٠١:

وانتقل خيار مدين **باع أو اشترىٰ علىٰ خيار** له لغريم أحاط دينه بمال المدين الحي أو الميت **وقام الغريم عليه**، ولا يحتاج الانتقال **إلىٰ حكم بخلع ماله** للغريم، وإذا اختار الأخذ فالربح للمدين **والخسارة** علىٰ الغريم.

التاودي ج٢ ص٣٣٢:

وإن أراد أن يسلف المدين له، يلزمه قبوله، قاله ابن رشد وغيره. وظاهر المصنف [ابن عاصم] أن السلف لازم مطلقًا، ومثله في ابن سلمون [خليل] ولا يلزم بتكسب وتسلف واستشفاع وعفو للدية وانتزاع مال رقيقه، أو ما وهبه لولده(١)

---

(١) الحطاب ج٤ ص٤٢١، الزرقاني ج٥ ص١١٩، التسولي ج٢ ص٣٣٢، الدسوقي ج٣ ص١٠١.

٧٧- دعوىٰ الدائن عن المدين:

القاعدة في المذهب المالكي كغيره، أنه لا يجوز المداعاة عن شخص بغير وكالة منه أو ولاية عليه، حتىٰ ولو كان هذا الذي يريد الخصومة وديعًا لمودع غائب فيريد الخصام في الوديعة فيما لو سُرقت مثلًا. وكذا لو كان وكيلًا بطلب آبقٍ فلم يجده إلَّا عند من اشتراه؛ فإنه لا يمكنه إقامة البينة علىٰ المشتري بأنَّ الآبق في يده ملك لموكله، ما لم يكن قد وكل بالخصومة بالإضافة إلىٰ التوكيل بالطلب.

ولكن المذهب المالكي خرج علىٰ هذه القاعدة، فأجاز للدائن أن يدعي عن مدينه في حقوقه في دين أو عين، إذا ترك المدين الدعوىٰ لنفسه لغيبةٍ أو عجز -كما لو كان أصمَّ أبكمَ- والظاهر أن الحكم كذلك فيما إذا تركها عن إهمالٍ أو سُوءِ نِيَّة.

وسبب خروج المذهب المالكي علىٰ القاعدة في هذا الموضوع، أنَّ الدائن تضار مصلحته بترك الدعوىٰ؛ لأن بتركها يضيع حق المدين، فينقص ضمان الدائن، فالمسألة إن كانت خروجًا عن «قاعدة الأصل» فليست إلَّا تطبيقًا لقاعدة الضرورة[(١)]

ومنطق قاعدة الضرورة يقتضي ألَّا يمكن الدائن من الدعوىٰ عن مدينه إلَّا إذا تهدد مصلحته خطر من عدم استعمال مدينه حقَّه في الخصومة، فإذا لم يتهدد مصلحته خطر من ذلك؛ بأن كان للمدين أموال غير محل النزاع يستطيع الدائن اقتضاء دينه منها، فلا يحق له المداعاة عن مدينه، وكذلك لو نشط المدين إلىٰ

---

(١) ويدل علىٰ هذا، أن الدعوىٰ عن الغير تمنح أيضًا لغير الدائن فيما إذا اقتضت الضرورة؛ فمن كان بيده مال للغير يتعلق به ضمان؛ كالمستعير والمرتهن لما يغاب عليه، وكالمستأجر والغاصب، لهؤلاء الادِّعاء في ما بأيديهم عن المالك وإن لم يوكلوا علىٰ الخصومة؛ لأنهم بذلك يحمون مصلحتهم، ويدفعون سبب الضمان عنهم. انظر: الحطاب ج٦ ص١٤٦، الشرح الكبير والدسوقي ج٤ ص١٦٤، التاودي علىٰ الزقاق ملزمة ١٥ ص٨، شرح المجموع ج٢ ص٣٢٤، ابن فرحون ج١ ص١١٤-١١٥، وانظر مع ذلك: الحطاب ج٦ ص١٤٧.

الدعوىٰ عن نفسه، ولم يقصر في ذلك لما كان للدائن حق في الدعوىٰ عنه، وهذا ما تدل عليه النصوص بمفهومها، وإن لم تدل عليه بمنطوقها؛ فالنصوص تذكر في هذا المجال «المدين الغائب» أو «الأصم الأبكم»، أو تقول: «يرجع غريم الغريم إذا تعذَّر الرجوع علىٰ الغريم»، ونحو هذه العبارات. ويؤكد دلالة المفهوم، أن الدعوىٰ عن المدين هي استثناء من أصل عام، فما لا يدخل تحت النصوص المذكورة يبقىٰ علىٰ حكم الأصل.

٧٨م- والنصوص تورد عدة أمثلة في موضوع دعوىٰ الدائن عن المدين:

أ- من وجبت له النفقة علىٰ شخصٍ غائب، فإن له أن يدعي علىٰ شخصٍ آخَرَ بيده عينٌ للغائب يجحدها، أو في ذِمَّتِه دين للغائب يُنكره، فيثبت المدعي عن الغائب ملكيَّتَه للعين، واستحقاقه للدين، فإذا أثبت ذلك، حُكِمَ للغائب به، ثم يحكم للحاضر الدائن باستيفاء دينه من العين أو الدين.

ب- إذا قبل الحميل الدينَ من المدين ثم هلك المقبوض، فادعىٰ المدين قبضَه علىٰ وجه الاقتضاء وادعىٰ الحميل قبضه علىٰ وجه الرسالة، فالقولُ قولُ المدين فيضمنه له، وللدائن المتحمل له مطالبة الحميل بما قبضه، مطالبته نيابة عن المدين باعتباره مدينًا لمدينه[١]

ج- إذا وكل وكيلًا علىٰ قبض دراهم من شخص، فأخذ الوكيل عنها عوضًا، فقد خرج عن الأمانة إلىٰ الضمان، فإذا أنكر موكله قبضَه فالقولُ قولُه، ولا تبرأ ذمة المدين، فللموكل مطالبة الوكيل اعتباره غريمًا للغريم الذي اقتضىٰ منه العوض، هذا إذا تعذَّرت مطالبة الغريم نفسه.

د- يبدو أن من ذلك ما نصوا عليه؛ من أنه إذا باع من دلس عليه بعيب السلعة المعيبة، فهلكت عند المشتري منه بعيب التدليس ثم لم يمكن هذا المشتري الثاني الرجوع علىٰ المشتري الأول بالأرش؛ لعدمه أو لغيبته، أن له

(١) اخترنا هذا المثال ملاحظين عدم اشتراط غيبة الغريم، أو إعساره فيه ظاهرًا.

الرجوع علىٰ من باعه بجميع الثمن الذي أخذه المدلس، فإن ساوىٰ ما خرج من يده أخذه، وإن زاد فالزائد للمشتري الأول[1].

٧٨م م- هذا، والنصوص لا تجيب عن كثيرٍ من الأسئلة التي يثيرها الفقه العربي الحديث بصدد الدعوىٰ غير المباشرة (action oblique) ولم يكن منتظرًا غير ذلك ما دام أن النصوص لم تعالج الموضوع كنظامٍ محدَّد، ولكن هذا لا يمنعنا أن نرىٰ فيما تقدَّم شيئًا يمكن أن يقابل به نظام الدعوىٰ غير المباشرة في فقهنا العربي الحديث، ويكفي أن نرىٰ هذه التطبيقات كلَّها تجمعها فكرةٌ واحدة، وهي أن الدافع لها رعاية المصلحة المشروعة للدائن، أو ما سميناه بالضرورة، ويمكن أن نستنتج شروط الدعوىٰ عن المدين في الفقه المالكي من هذه الفترة، فتصل إلىٰ حلولٍ تقرب مما وصل إليه الفقه العربي الحديث.

وليس اتحاد الأسباب بالنسبة للدعوىٰ عن المدين في المذهب المالكي، والدعوىٰ غير المباشرة في الفقه الحديث، هو وحدَه الذي يحملنا علىٰ أن نعقد المقابلة بينهما -بل إن اتحاد الفكرة الأساسية التي تنبني عليها الآثار بالنسبة لكلٍّ من القاعدتين، تؤيد هذه المقابلة؛ فالنصوص المالكية تعطينا أن الدائن حين يقوم بالدعوىٰ عن مدينه تثبت له نيابة عنه في هذا الصدد، ولكنها نيابة في ما ينفع لا في ما يضر. فإذا حكم لصالح المدعي (الدائن) سرىٰ الحكم في حق المدعىٰ عنه (المدين)، فثبت ملكيته للعين أو استحقاقه للدائن مثلًا، أمَّا إذا حكم ضد الدائن، فلا يَسري الحكمُ في حق المدين إلَّا بما تقتضيه قواعد الدعوىٰ عن الغائب.

(١) وقد جاء عن المازري: «وإن لم يدلس علىٰ المشتري الثاني فقد دلس علىٰ من اشترىٰ منه، فهو يقول: لو أعلمته لأعلمني فلم أشتر منه، أو كان مدلسًا فآخذ جميع ثمني منه، فأنت سبب في إتلاف الثمن علي». الزرقاني والبناني ج٥ ص١٤٧.

٧٩- نصوص:

الحطاب ج٦ ص١٤٧-١٤٨:

إذا **سرقت الوديعة ليس للمودع** مخاصمة السارق إلَّا بتوكيل بنك [من المودع] قال محمد بن رشد: إذا وكل وكيل علىٰ طلب آبق فأدركه في يد مشترٍ، **أنه يمكن من إيقاع البينة** علىٰ أنه للَّذي وكله حتىٰ يقيم البينة أنه وكله علىٰ الخصومة فيه، وهو صحيح علىٰ ما تقدم أنه ليس للوكيل **أن يتعدىٰ ما وكل فيه** ويتجاوزه إلىٰ غيره.

المدونة ج٤ ص١١٢:

قال ابن القاسم: وكذلك لو أنَّ رجلًا كان له علىٰ رجل دين، **فغاب** المديان فقال الذي له الدين: **أنا أقيم البينة** أن لغريمي علىٰ هذا الرجل دينًا **فاقضوني** منه حقي، **أنه يمكن** من ذلك، وهو رأيي.

الحطاب ج٥ ص٤١:

إذا ادَّعىٰ الغريم أنه لا مالَ له، **فأقام الطالب** بينة علىٰ دار أو عرصة أنها ملكه، فقال ابن فرحون: وفي المتيطية: وإذا أثبت الطالب مالًا للغريم تعينه البينة، وقف الغريم علىٰ ذلك، **فإن أقرَّ بذلك** أمره الحاكم ببيعه، وإن أنكر الغريم الملك أو عجز عن الدفع في شهادة من يشهد له بالملك، فقال بعض الموثقين: عندي أنه **يبيعه عليه**، ولا يضطره إلىٰ ما يستوفىٰ منه.

ضوء الشموع ج٢ ص٣٢٤:

ومثل الغائب -كما في المعيار- الرجل **الأصم الأبكم** الذي لا يعقل.

ابن فرحون: ج١ ص١٢٢:

قامت امرأةٌ علىٰ رجل **غائب** بدين لها عليه، وذكرت أن للغائب دينًا علىٰ رجل حاضر **قد حل عليه**، وأحضرت العقد المكتوب علىٰ الغريم الحاضر، فحضر غريم الغائب وأقر بالدين وصحة العقد، وأن الدين باقٍ عليه للغائب، **وأثبتت عند الحاكم غيبة غريمها**، فأفتىٰ ابن عتاب وابن مالك **أنَّ إقرار** الغريم

لا يُكتفىٰ به، وأن القاضي يُلزم المرأة بإثبات العقد، فإذا ثبت أمرها بالحلف فإذا حلفت أمر غريم الغائب بإحضار ما عليه، **ويدفع للمرأة حقها**، وترجىٰ [كذا] الحجة للغائب إن لم يمكن الإعذار إليه.

الحطاب ج٦ ص١٤٦:

ومن القسم الثاني [من يجوز له الادعاء عن غيره] **زوجة** الغائب وغرماؤه يثبتون ماله، **ليباع لهم** ويستوفون حقَّهم في التوضيح وإن كان للزوج ودائع، فُرض للزوجة نفقتها في ذلك، ولها أن **تقيم** البينة علىٰ من جحد من غرمائه **أنَّ لزوجها عليهم دينًا**.

الدسوقي ج٣ ص٣٣٩:

إن اقتضىٰ [الحميل الدين] ضمنه لمن قبضه منه وهو الغريم، وحينئذٍ فيكون الضامن غريم غريم فلربِّ الدين أن يغرم الضامن **نيابة عن المدين**، كما صرَّح به الرجراجي في شرح مشكلات المدونة.

تسولي ج٢ ص٢١٦:

امرأةٌ وكَّلت شقيقها علىٰ قبض دراهم من شخص، فأخذ الوكيل عن الدراهم حريرًا، لا تبرأ ذمة الغريم [إن أنكرت القبض] **وإذا تعذَّر الرجوعُ علىٰ الغريم** رجعت علىٰ الوكيل؛ **لأنَّ غريم الغريم غريم**.

الشرح الكبير ج٣ ص١٣١:

وإن باع المشتري [المبيع المدلس فيه] قبل اطِّلاعه علىٰ العيب، وهلك عند المشتري منه بعيبه رجع **المشتري الثاني علىٰ البائع الأول، وهو المدلس، إن لم يمكنه رجوعُه علىٰ بائعه هو؛ لعدمه، أو غيبته ولا مال له حاضر بجميع الثمن** ... فإن ساوىٰ ما خرج من يده فواضح وإن زاد **فالزائد** للبائع الثاني يحفظه له المشتري الثاني حتىٰ يدفعه له أو لورثته(١)

---

(١) الحطاب ج٤ ص٢٠٤، ج٦ ص١٤٦، المواق ج٤ ص٢٠٤، الشرح الكبير والدسوقي ج٤ ص٤١٦، شرح المجموع ج٢ ص٢٢٤، شرح ميارة ج١ ص١٣٩، حاشية شرح ميارة ج١ ص١٣٨، التاودي علىٰ الزقاق ملزمة ١٥ ص٨، الزرقاني ج٥ ص١٤٧-١٤٨، البناني ج٥ ص١٤٨، الخرشي ج٧ ص١٧٤، العدوي ج٥ ص١٤٥.

الفرع الثاني

الفكرة العامة

١ - القاعدة العامة

٨٠- في المذهب المالكي أيضًا -كما تقدم بصدد المذهب الحنفي- اشتراك التطبيقات في الطبيعة، وفي الحلول، وفي تبرير الحلول بمبررٍ واحدٍ يقتضي أنَّ هذه التطبيقات تحكمها فكرةٌ واحدة. وفي سهولةٍ أكثر، يمكن أن نتجرأ هنا فنقول: إنها تحكمها قاعدةٌ واحدة نسميها -كما تقدم- «قاعدة الضرورة»، بالرغم من قِلَّة تردُّد هذه الكلمة «الضرورة» في معرض التعليل للحلول، وبالرغم من القلَّة النسبية لتعليل الحلول بالقياس إلىٰ الفقه الحنفي.

ونصوغها علىٰ نحو ما تقدم: إذا اقتضت حماية مصلحة الشخص المشروعة تصرُّفَه عن الغير بدون ضرر يلحقه، جاز له هذا التصرف، وترتبت آثاره بالنسبة للمتصرف عنه.

٢ - تكوين القاعدة

٨١- النشوء والتطور:

تندر تطبيقات هذه القاعدة في الموطأ، ولكن ليس معنىٰ هذا أنها لم توجد في المذهب المالكي من أول عهده، فغالبُ التطبيقات السابقة نجدها في المدونة منسوبةً إلىٰ إمام المذهب نفسِه. ويلاحظ بعض فقهاء العربية المحدثين غلبةَ الصبغة العملية علىٰ المذهب المالكي. وكأثرٍ لذلك، وجدت تطبيقات هذه القاعدة -وما هي إلَّا استجابة للحاجات العملية- في المذهب في وقتٍ مبكر، وغلبة الصبغة العلمية أيضًا ساعدت علىٰ مرِّ الزمن علىٰ إيجاد تطبيقاتٍ جديدة زادت في وضوح القاعدة، وفي امتدادها وشمولها. وقد لاحظنا في المذهب الحنفي أنَّ هذه القاعدة كانت القاعدة الوحيدة في مجال التصرف عن الغير، الذي تقضي الحاجة بصرف آثاره إلىٰ الغير بالرغم من صدوره من غير وليٍّ ولا وكيل، فكانت قاعدة الضرورة هي المتنفس الوحيد للتخفيف من صرامة قاعدة الأصل «اقتصار آثار التصرف علىٰ المتصرف»، ولكن الأمر مختلف بالنسبة للمذهب المالكي؛ ففي هذا المذهب نجد إلىٰ جانب هذه القاعدة قاعدةً أخرىٰ هي «قاعدة المنفعة»، وسندرسهما بعدُ.

وهذه القاعدة ساهمت مع قاعدة الضرورة في تلبية الحاجة العملية للتصرف عن الغير؛ بل ربما كانت أقدرَ منها وأكثرَ فعاليةً في هذا الصدد. ولما كانت أكثر التطبيقات التي أسسناها في المذهب الحنفي علىٰ قاعدة الضرورة، نرىٰ فيه

المصلحة مشتركة بين المتصرف والمتصرف له، وكان تصرف الشخص فيها عن الغير يعود بمنفعة علىٰ هذا الغير؛ فقد دخلت في مجال قاعدة المنفعة. ولكن هذا لا يعني أن لا جدوىٰ من قاعدة الضرورة، فلا يزال لها مجالٌ واسع، حيث لا تتوافر مقومات قاعدة المنفعة.

والقول بأن هذه القاعدة قاعدة لا يقتصر دورها علىٰ التفسير والتحليل، بل لها دورٌ إنشائي القول بهذا أيسر من مثيله بصدد المذهب الحنفي، يتأيد هذا بتتبع نمو تطبيقاتها في المذهب.

٨٢- المصدر التشريعي:

علىٰ الحديث المشهور: «**لا ضررَ ولا ضِرار**»، يستند الأصل المعروف في المذهب المالكي بـ «الاستصلاح»، أو «رعاية المصالح»، ويمكن أن يقال: إن هذه القاعدة في كل تطبيقاتها -أو في أغلبها- تستند في حلولها إلىٰ هذا الأصل، وهذا الأصل يختلف عن «أصل الاستحسان» بأنه يُتيح حريةً أكثر في خَلْقِ تطبيقات جديدة. وذلك ما نرىٰ أمثلة له عند دراسة هذه القاعدة في تطبيقاتها.

٨٣- السبب الطبيعي لوجود القاعدة:

وهنا أيضًا، يمكن أن نكرِّر ما سبق؛ من أن السبب في وجود هذه القاعدةِ، تشابك المصالح بالاشتراك في الملك أو اختلاط الجوار، أو اتصال الحقوق بعضها ببعض بوجهٍ من وجوه الاتصال، بحيث يقتضي استعمال بعضها استعمال البعض الآخر. ونلاحظ هنا أن المذهب المالكي يتأثر من تحرره من سيطرة الصياغة وسيطرة الروح العملي عليه، يتحرر أكثر في اعتبار تشابك المصالح. وقد رأينا في المذهب الحنفي أن اتِّصال مصلحة الدائن في حماية مال مدينه بمصلحة المدين في هذه الحماية، لا تكون مقومًا للضرورة التي تقضي بإمكان تصرف الشخص عن غيره، أمَّا في المذهب المالكي؛ فإنَّ اتصال هاتين المصلحتين يعتبر مقومًا للضرورة، فيُجيز للدائن استعمالَ بعضِ حقوق مدينه.

٨٤- السبب الشرعي لوجودها:

يكفي لتحقق «الضرورة» أن توجد خسارة تتهدد الشخص بسبب اتصال مصلحته بمصلحة غيره، بحيث تستلزم حماية مصلحته التصرف عن غيره، ولم يمكن قيام الغير بالتصرف ولا إذنه أو إذن من يقوم مقامَه به، ولم ينتج هذا التصرف ضررًا به، ولم يكن التصرف واجبًا عليه. ونفصل الكلام علىٰ هذه الشروط كما يأتي:

١- يفرق المذهب المالكي -كالمذهب الحنفي في هذا المقام- بين الخسارة الواقعة، والربح الفائت؛ فقد رأينا في بيع الصفقة أنَّ ذلك يجوز فيما اتَّحدَ مدخلُه من المال المشترك، والغالب فيه -كما تقدم- أن يزيد ثمن الحصة مبيعةً في المجموع عن ثمنها مبيعةً مفردةً، فإذا باع الشريك حصَّتَه مفردة وقد اشتراها ضمن المجموع، فقد تعرَّض لخسارةٍ طارئة. أمَّا لو كان اشتراها مفردةً، فلن يتعرَّض لخسارةٍ طارئة إذا باعها مفردةً، وإنما سيفوته ربح طارئ لو باعها ضمن المجموع، فكانت الخسارة وليس الربح محققًا للضرورة التي اقتضت إمكانَ تصرُّفِه علىٰ شركائه.

وفي التطبيقات أمثلةٌ لهذه الخسارة التي يتعرَّض لها الشخصُ بترك التصرف عن غيره، مثلًا: خسارة الشريك بترك النفقة علىٰ الملك المشترك بتلف حصَّتِه منه، وخسارة مالك المنفعة في ترك النفقة علىٰ الرقبة بضياع منفعته، وخسارة الراهن بتلف وثيقة دينه بترك النفقة علىٰ الرهن.

والمذهب المالكي لا يَعتبر في هذا الخسارةَ الواقعة فقط، بل الخسارة المتوقَّعة أيضًا؛ فالدائن بترك الخصومة عن مدينه يتعرَّض لضياع دينه بضياع مال المدين بسبب ترك الخصومة، والحميل -وقد ثبت عليه حق المطالبة بدين الغريم- يتعرض لمطالبة الدائن في وقتٍ لا يمكن الحميل فيه الاقتضاء من المدين، فيمكنه دفعًا لهذا الضرر أن يدَّعي عن الدائن الغائب بحقه علىٰ المدين فيما لو أراد المدين السفرَ وخشي الحميلُ ضياعَ الحق[١]

---

(١) انظر: الخرشي ج٧ ص١٤٧.

٢- ويشترط أن لا يمكن قيام الغير بالتصرف، ولا إذنه للمتصرف أو غيره، أو إذن من يقوم مقامَه بإجراء هذا التصرف عنه، والنصوص تشير إلىٰ هذا الشرط بوصف المتصرف له بأنه غائب أو عاجز عن إجراء التصرف (أصم، أبكم مثلًا) أو ميت، أو تذكر امتناعه عن التصرف وعن الإذن به أو هروبه منه، أو امتناع من يقوم مقامه عن ذلك -وفي حكمه أن لا يمكن الوصول إلىٰ الحاكم- غير أنه يُستثنىٰ من ذلك أن يكون التصرف لو رُفع إلىٰ الحاكم لحكم به، ولم يكن له فيه سلطة تقديرية؛ فإنه يمضي، ولو أمكن استئذان الحاكم ولم يستأذنه المتصرف، وهذا تطبيقٌ لقاعدة في المذهب المالكي تقول بأن مَن فَعَل فِعلًا يأمر به القاضي لو رُفع إليه، يمضي فعله.

٣- هذا، وإذا كانت الضرورة تبرِّر التصرف عن الغير مع ما فيه من اعتداء علىٰ حريته، بسبب حماية مصلحة المتصرف ودفع الضرر عنه، فيجب ألَّا يكون ذلك علىٰ حساب المتصرف عنه، فإذا كانت الضرورة تُجيز إيجاب التعويض علىٰ المتصرف عنه في حدود ما وصل إليه من منفعة، فإنها لا تتعدَّىٰ إلىٰ إيجاب التعويض في ذِمَّته (أي فوق ما انتفع به، وفي غير ما انتفع به).

فإذا أنفق الشريك علىٰ المال المشترك وقلنا بإيجاب التعويض عن شريكه، فإنما يجب ذلك في حدود قيمة حصَّتِه، ولا يتعدَّاه إلىٰ ذِمَّتِه، فلا يطالب بأزيد من القيمة، ولو هلكت الحصة لا يطالب ببدلها. وتطبيقًا لهذا، رأيناهم يشترطون في بعض الأحيان أن يكون التصرف علىٰ وجه السداد والنظر.

٤-ويشترط ألَّا يكون التصرف واجبًا علىٰ المتصرف عنه، أمَّا إذا كان واجبًا عليه، فالمتصرف يكون قد قضىٰ الواجب عليه، وتحكم المسألة حينذاك قاعدة قضاء الواجب عن الغير، وهي تختلف في الحكم عن قاعدة الضرورة.

هذا، ولا يشترط بعد ذلك أن يقصد المتصرف وقت التصرف إيقاعه عن الغير، ولا أن تكون للمتصرف عنه أهلية الالتزام؛ لنفس الأسباب التي قدمناها بصدد الحديث عن المذهب الحنفي.

٣ - الأحكام

٨٥- إذا توافرت شروط قاعدة الضرر فوقع التصرف عن الغير، ترتبت الأحكام الآتية:

١- ارتفاع المنع الديني من المتصرف عن الغير.

٢- انتفاء الحالة الجرمية، أو يد الضمان في حيازة ملك الغير، إذا اقتضت هذه الحيازة التصرفَ فيه عن مالكه.

٣- انصراف أثر التصرف القولي عن الغير إلىٰ الغير، ونَعني بهذا الأثر حكم التصرف. فإذا كان بيعًا، انتقلت من المتصرَّف عنه ملكيَّةُ العين، أو إجارةً انتقلت ملكية المنفعة. أمَّا بالنسبة للحقوق، وهي الالتزامات الناتجة عنه، فهل يكون المتصرف فيها بمنزلة المتصرف بالولاية أو الوكالة؟ إن النصوص لا تسعف بالجواب.

٤- إذا كان التصرف القولي عن الغير دعوىٰ، فإنَّ أثرها ينصرف إلىٰ الغير؛ بمعنىٰ أنَّ المدعي إذا ربحها سرىٰ الحكم إلىٰ المدعىٰ عنه، فلا يحتاج بعد ذلك إلىٰ رفع دعوىٰ من قيام أو إقامة النية علىٰ ما ادَّعىٰ فيه عنه، ولكن لو حكم ضد المدعي فتنطبق هنا أحكام القضاء علىٰ الغائب.

٥- في التصرف الفعلي يرجع المتصرف المفتقر علىٰ المتصرف عنه المثري بسبب التصرف في حدود ما أثرىٰ به؛ بل -في بعض الأحيان- في عين ما أثرىٰ به.

٦- يثبت لمن وجب له التعويض بالحكم السابق حقُّ الحبس في الشيء الذي استفاد من التصرف؛ فالمرتهن إذا أنفق علىٰ الرهن، له أن يحبسه في النفقة حتىٰ بعد أداء الدين المرهون، ومالك المنفعة إذا أنفق علىٰ الرقبة فله حبسُها في دين النفقة حتىٰ لو انتهت مدة الانتفاع، فإذا هلك موضوع الحبس فما دام أن الدين تعلَّق بذاته، فإن الدين يهلِك بهلاكه.

٤ - الدعوى والإثبات

٨٦- وهنا -كما تقدم في المذهب الحنفي- يتحمل المتصرف عِبْءَ إثبات التصرف وإثبات الضرورة التي بررته، وعبء إثبات الدين الذي وجب به؛ لأنَّ كلَّ ذلك خلاف الأصل، فمن يدَّعيه يطالَب بإثباته.

٥ - ملاحظات ختامية

٨٧- علىٰ الرغم من وجود قاعدة، أو قواعد أخرىٰ في المذهب المالكي تبرر الخروجَ عن قاعدة أنه «لا يجوز التصرف عن الغير بدون ولاية ولا وكالة»؛ فقد وجدت قاعدة الضرورة لها مجالًا واسعًا إلىٰ جانب هذه القواعد، وذلك حيث لا تتوافر شروط قيام هذه الأخيرة. ومن ذلك، أنَّ قاعدة كقاعدة المنفعة تردَّدت كثيرًا، في قَبول التصرف القولي عن الغير إذا كان عقدًا باعتبار أنَّ قاعدة وقف العقود تسدُّ مكانها في هذا المجال، كما أحجمت عن قَبول الدعوىٰ عن الغير إلَّا في حالاتٍ استثنائية خاصة. ولكن قاعدة الضرورة سمحت بالتصرف القولي عن الغير، وسمحت بالدعوىٰ عنه علىٰ نحو ما فصَّلناه سابقًا.

ولقد يبدو في القاعدة بعضُ الغموض والنقص أو التميع، ولكن ذلك ليس من آثار ضعفها، وإنما هو من آثار عدم دراستها كقاعدة أو نظام مستقلٍّ[١]، ولو قُدِّر لفِقهنا الإسلامي أن يدرس الفقه كنظرياتٍ لا كتطبيقات لقُدِّر لهذه القاعدة أن تحتلَّ مكانها بين النظريات الواضحة المعالم، البيِّنة الحدود، الكاملة البناء.

---

(١) بعض مفردات هذه الفقرة غير واضحة في الأصل، ورجحنا قراءتها علىٰ هذا النحو. (الناشر).

الفصل الثالث

المذهب الحنبلي

الفرع الأول

الـتـطـبـيـقـات

١ - الشريك في الملك

٨٨- إذا كانت الشركة في الملك فيما لا يقبل القسمة؛ كالقناة، والناعورة، والدولاب، والنهر؛ واحتاج إلىٰ الإصلاح، فلأحد الشركاء فيها ولو لم يأذن الآخر، ولا من يقوم مقامَه من وليٍّ خاص أو عام، أن يقوم بالإصلاح والعمارة، وإن كان فيه تصرف في حق الغير، ولكن الضرورة تبرره، وأثر الضرورة قاصر علىٰ رفع المنع الديني، ودفع المسئولية في ملابسة حصة الغير بالتصرف فيها.

أمَّا رجوع المتصرف علىٰ شريكه بعوض ما خسره في إصلاح حصة الشريك؛ فيجب أن نفرق فيه بين فرضين:

الأول: أن يكون الإصلاح واجبًا علىٰ شريكه؛ لكونه مما يجبر عليه لو طلبه الشريك المتصرف منه؛ ففي هذه الحالة يستحق الرجوع عليه إذا استقلَّ بالإصلاح، ولكن ذلك ليس موجبَ قاعدةِ الضرورة؛ بل هو موجبٌ لقاعدةٍ أخرىٰ تنصُّ علىٰ أنَّ «مَن أدَّىٰ واجبًا علىٰ غيره، استحقَّ الرجوع عليه».

الثاني: ألَّا يكون الإصلاح واجبًا علىٰ شريكه، وفي هذه الحالة لا يستحق الرجوع عليه بالعوض، فإذا كانت النفقة في صورة مال مستهلَك، أو جهد تحول إلىٰ أثر لا عين له قائمة؛ فإن المنفق لا يستحق الرجوع بعوضها علىٰ شريكه وإن زادت في قيمة حصته، أو يسرت انتفاعه بها، ولا يحق للشريك المنفق أن يمنع شريكه الذي أبىٰ الإنفاق أن ينتفع بحصَّته.

وإن كانت النفقة في صورة موادَّ خامٍ لها عين باقية ولها قيمة في ذاتها؛ فإن هذه المواد تبقىٰ علىٰ ملك محدثها، فله (أي لمحدثها) أن ينزعها متىٰ شاء، وله أن يمتنع عن تمليكها لشريكه إن أراد تملكها بدفع قيمتها، ومن هنا نرىٰ أن لا ظل لقاعدة الضرورة.

علىٰ أنَّ في المذهب الحنبلي اتجاهًا يرمي إلىٰ إعطاء الشريك المنفق الحق في الرجوع علىٰ الشريك المنتفع، علىٰ نحو ما رأينا في المذهبين الحنفي والمالكي، فيجيز للشريك أن ينفق علىٰ الملك المشترك بما فيه حصة شريكه، ثم يمنع عن الآخر حصَّتَه حتىٰ يؤدي قسطَه من النفقة.

علىٰ أنَّ المسألة تفقد أهميتها في المذهب الحنبلي؛ لأن الصحيح في هذا المذهب أنَّ الشريكين في المال أو المنفعة إذا احتاج المالك المشترك بينهما إلىٰ رفع المضرَّة أو إبقاء المنفعة وطلب أحدهما ذلك من الآخر، أنه يُجبر علىٰ إجابته وعلىٰ النفقة معه، فإن أبىٰ وأنفق الأول، استحقَّ الرجوع عليه علىٰ نحو ما قدمنا.

٨٩- نصوص:

أ- ابن رجب ص١٤٢:

الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلىٰ رفع مضرَّة أو إبقاء منفعة، أُجبر أحدهما علىٰ موافقة الآخر في الصحيح من المذهب.

وفي ص١٤٦:

الزرع والشجر المشترك إذا طلب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلىٰ ذلك، أُجبر الآخر عليه. ذكره القاضي وحكاه عن أبي بكر فيما إذا أوصىٰ لأحدهما بزرعٍ وللآخر بتبنه   وألحق الشيخ تقي الدين بهذا كلَّ ما فيه حِفظُ الأصل إذا احتيج إليه؛ مثل الحارس، والناظر، والدليل علىٰ الطريق، والرشوة التي يحتاج إليها لدفع الظلم عن المال.

شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٧١:

وكون الملك لا حُرمةَ له في نفسه، توجب الإنفاق عليه، مسلَّمٌ، لكن **حُرمةَ الشريك** الذي يتضرَّر بترك البناء توجب ذلك.

ب - ابن رجب ص١٤٤:

وإذا لم نقل بالإجبار [علىٰ النفقة في القناة المشتركة] **فعمر أحدهما، لم يكن له منع** الآخر من الماء. ذكره القاضي في المجرد، وابن عقيل لأن الماء باقٍ علىٰ ما كان عليه من الملك والإباحة، وإنما أزال الضرر عن طريقه، ولا يقع الاشتغال [كذا] علىٰ ملك الآلات المعمور بها.

المغني ج٥ ص٥٠:

وأمَّا البئر والنهر؛ **فلكلٍّ** واحدٍ منهما الإنفاقُ عليه، وإذا أنفق عليه **لم يكن له منعُ الآخَرِ** من نصيبه من الماء؛ لأن أثر أحدها في نقل الطين منه، **وليس له فيه عينٌ**، فأَشبَهَ الحائط إذا بناه بآلته.

ج- ابن رجب، ص١٣٩:

وفي رواية: **لا يجبر** [الشريك علىٰ النفقة] فيه، فينفرد الطالب بالبناء ويُمنع الشريك من الانتفاع حتىٰ يأخذ منه ما **يخص حصَّتَه من النفقة. نصَّ عليه [أحمد]**؛ لأنَّ من جاز له البناء في مِلك غيره، لم يكن **متبرعًا**؛ **كالوصي**، والحاكم في مال اليتيم.

وفي ص١٤٢:

وفي رواية إن أمكن أحدهما [الشريكين] أن **يستقلَّ** بدفع الضرر، فعله، ولم **يُجبر** الآخر معه، لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكُه، فله منعُه حتىٰ يُعطِيَه حصَّةَ مِلكه من **النفقة**، فإن احتاجا إلىٰ **تجديد منفعة** فلا إجبار.

وفي ص١٤٤:

[في القناة المشتركة] **وفي الخلاف الكبير، والتمام لأبي الحسين**: له المنع من الانتفاع بالقناة، ويشهد له [ما] نصَّ عليه بالمنع من سُكنىٰ السفل إذا بناه

صاحب العلو ومنع الشريك من الانتفاع بالحائط إذا أُعيد بآلته العتيقة؛ لأنَّ ذلك كلَّه انتفاعٌ بما بذل فيه الشريك ماله، فيمنع منه بغير إذنه، ولأن إنفاقه علىٰ نفسه وشريكه **جائزٌ**، **فيستحق** الرجوع ولا يكون **متبرعًا**(١).

(١) في (أ) المغني ج٥ ص٤٩، ابن رجب ص١٣٩، الإنصاف ج٥ ص٢٦٩-٢٧٠، غاية المنتهىٰ ج٢ ص١٢٨، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٧٢.
في (ب) المغني ج٥ ص٤٦، الإنصاف ج٥ ص٢٦٦-٢٦٧.
في (ج) الإنصاف ج٥ ص٢٦٦.

٢ - مالك المنفعة

٩٠- إذا ترتب حق منفعةٍ لشخص علىٰ رقبة ملك لشخصٍ آخَرَ، إذا أنفق صاحب المنفعة علىٰ الرقبة حفظًا لحقِّه، فالمذهب الحنبلي يفرِّق بين فرضين:

الأول: أن تكون النفقة واجبة علىٰ صاحب الرقبة، فإذا قام بها صاحب المنفعة رجع بها عليه؛ تطبيقًا لقاعدة قضاء الواجب عن الغير.

الثاني: ألَّا تكون النفقة واجبة علىٰ صاحب الرقبة، فإذا أنفق صاحب المنفعة لم يستحقَّ الرجوع، واعتُبر متبرعًا.

ومن هنا نرىٰ تشابُهَ هذا التطبيقِ مع سابقه.

٩١- نصوص:

أ- ابن رجب ص١٤١:

إذا هرب الجمال وترك الجمال فأنفق عليها **المستأجر** بدون إذن حاكم، ففي الرجوح روايتان، ومقتضىٰ طريقة القاضي أن يرجع **رواية واحدة**.

شرح المنتهىٰ ج٢ ص٣٧٢:

وإن هرب أو مات جمال أو نحوه وترك بهائمه فأنفق عليها مُكترٍ بإذن حاكم، **أو بنية الرجوع**، رجع علىٰ مالكها بما أنفقه . . .؛ لقيامه عنه بواجب.

ب - ابن رجب ج٢ ص١٤٠:

عمارة **المستأجر** في الدار المستأجرة لا يرجع بها. نصَّ عليه أحمد

في غلق الدار إذا عمله الساكن ويحتمل الرجوع بناءً علىٰ مثله في الرهن . . . ؛ فعلىٰ القول الأول [أنه **لا يلزم** المؤجر التجديد]، لا يمكن القول برجوع المستأجر بما أنفق علىٰ التجديد[1]

---

(١) في (أ) الإنصاف ج٦ ص٦٠-٦١، التنقيح ص١٦٦، نهاية المنتهىٰ ج٢ ص٢١٠.

٣ - من له حق ارتفاق

٩٢- الحكم في مسألة العلو والسفل، ومسألة الحائط المشترك، أو الذي يكون لأحدهما حقٌّ وضعِ الخشب عليه كالحكم في الملك المشترك غير القابل للقسمة، فالصحيح من المذهب أنه إذا احتيج إلىٰ إصلاح الحائط المشترك وطلب ذلك أحدُهما، وإذا انهدم السفل فطلب صاحب العلو بناءه الصحيح، أنه يجب علىٰ الشريك في الحائط وصاحب السفل الإجابة إليه.

فإن استقلَّ مَن طلب العمارة بالعمارة والإصلاح والنفقة، فإن كان فعل ذلك بقصد أن يكون المعمور علىٰ ما كان عليه بينهما، ونوىٰ الرجوع بنفقته، يكون له الرجوع؛ تطبيقًا لقاعدة: «مَن قضىٰ واجبًا عن غيره رجع عليه».

وحيث لم يمكن تطبيق هذه القاعدة كما لو قيل بعدم وجوب الاشتراك في المنفعة، أو كان المنفق عمر بقصد أن يكون المعمور له، فإن كانت نفقته في صورة مالٍ مستهلَكٍ، أو جهد؛ مثل أن يُعيد عمارته بآلته (المواد) السابقة، فإنه يكون علىٰ ما كان عليه أولًا بينهما، ولا يحق للمُنفِق الرجوعُ بما خَسِرَه في العمارة مما لا عينَ له قائمةٌ، ولا يحق له أن يمنع الآخر من الانتفاع بما عمره، أمَّا إن كانت نفقتُه في صورة مواد خام لها عين باقية بعد العمارة؛ مثل أن يُعيد عمارتَه بغير الآلة السابقة، فإن ما عمر يبقىٰ علىٰ ملكه، وله أن يُزيله متىٰ شاء، ولا يجبر علىٰ تمليكه للآخر بدفع قيمته، أو ما أنفق فيه فيما لو طلب ذلك الآخَر.

هذا، ولو فُرض أنَّ الذي طلب المشاركة في العمارة هو صاحب الملك المرتفق به كصاحب السفل، أو الحائط، أو السطح الذي يجري عليه ماء غيره، أو البئر التي يصرف إليها مياه الغير، فإن الآخر لا يجبر علىٰ إجابته إلىٰ الاشتراك في العمارة، فإذا استقلَّ الطالبُ بالعمارة لم يكن له بعدُ أن يمنع صاحب الارتفاق من مزاولة حقِّه السابق.

وهذا -بالطبع- في غير الحائط المشترك، وبالنسبة فيما يبدو للسقف بين العلو والسفل؛ إذ هو في المذهب الحنبلي مشترك بين صاحب العلو والسفل.

٩٣- نصوص:

أ- الإنصاف ج٥ ص٢٦٥:

وإن كان بينهما حائط فانهدم، فطالب أحدهما ببنائه معه، أُجبر عليه هذا المذهب بلا ريب، ونَصَّ عليه [أحمد] وعنه: لا يجبر. اختاره المصنف والشارح، وقالا: هو أقوىٰ في **النظر**.

وفي ص٢٧١:

لو كان السفل لواحد والعلو لآخَرَ فالسقف بينهما ولو انهدم الجميع، فلِربِّ العلو إجبارُ صاحب السفل علىٰ بنائه، علىٰ **الصحيح** من المذهب.

ب- ابن عقيل، ورقة: ١٣٠/ظ:

إن قلنا: **يُجبر** علىٰ البناء يحتمل ألَّا يعتبر الإذن؛ فإن من **أصلنا** أنه إذا قضىٰ الفضولي دينَ غيرِه بغير إذنه رجع، وهنا **ليس بفضوليٍّ**؛ بل فَعَلَ ذلك لاحتياجه، فأَوْلىٰ أن يرجع.

شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٧٢:

وإن بنىٰ [الحائط أو السقف] شريك بدون إذن **ليرجع علىٰ** شريكه **وبناه شركةً رجع**؛ لرجوعه علىٰ المنفق عنه، **فقد قام عنه بواجب**، وإن بناه شريكه لنفسه بآلته [المتهدم] فالمبني شركةٌ بينهما كما كان؛ لأنَّ الباني إنما أنفق علىٰ التالف، **وهو أثر لا عين**، وليس له أن يمنع شريكه من الانتفاع به قبل أخذ

نصف نفقة تأليفه، كما أنه ليس له نقضُه وإن بناه لنفسه بغير آلة المتهدم، فالبناء له خاصةً، وله نقضه؛ لأنه مِلكُه لا إن دفع له شريكه نصف **قيمته**، فلا يملك نقضَه.

المغني ج٥ ص٤٦:

إذا امتنع أحدهما، لا يجبر، فإن أراد شريكه البناء فليس له منعُه؛ لأنَّ له حقًّا في الحميل ورسمًا وله بناؤه بأنقاضه إن شاء، وبناؤه بآلة من عنده، فإن بَناه بآلته وأنقاضه فالحائطُ بينهما علىٰ الشركة كما كان؛ لأن المنفق عليه إنما أنفق علىٰ التالف، وذلك أثر لا عين يملكها، وإن بناه بآلته من عنده فالحائطُ مِلكُه خاصةً، وله منعُ شريكِه من الانتفاع به، ووضعُ خشبه ورسومه عليه؛ لأن الحائط له، وإن أراد نقضه فإن بناه بآلته لم يملك نقضه؛ لأنه ملكهما فلم يمكن له التصرف فيه بما فيه مضرَّةٌ عليهما، وإن بناه بآلة من عنده فله نقضُه؛ لأنه ملكه خاصة، فإن قال شريكه: أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه، **لم يجبر**.

ج - ابن رجب ص١٤٢:

وإن أعاده بآلته الأولىٰ، ففيه وجهان: الثاني له **المنع** حتىٰ يأخذ نصف قيمة التالف [من النفقة]؛ لأنه متقوم، حيث وقع مأذونًا فيه شرعًا، وهو ظاهرُ كلامِ ابن أبي موسىٰ والقاضي وجزم به صاحب المحرر وحكاه صاحب التلخيص عن بعض متأخري الأصحاب لكن هل المدفوع نصف **قيمة البناء أو نصف ما أنفق عليه؟** ذكر القاضي في خلافه فيه روايتين مأخذهما هل ذلك من باب الرجوع بما أنفق علىٰ ملكه بإذن معتبر، أو هو معاوضة عن ملك الثاني.

الإنصاف ج٥ ص٢٦٦:

إن بنىٰ الحائط بآلته، قيل: له منعه من الانتفاع حتىٰ يعطيَه **نصف قيمة العمل**، جزم به في المستوعب والمحرر والحاوِيَيْن، وهو ظاهر ما قدَّمه في الفائق، وهو ظاهر كلامِ ابن أبي موسىٰ والقاضي قال ابن منجا في شرحه: وفيما ذكره الأصحاب من عدم منعه من الانتفاع قبل أن يعطيه نصف قيمة عملة

نظر، بل ينبغي أن الثاني يملك منع شريكه من التصرف فيه حتىٰ يؤدي ما يخصُّه من الغرامة الواقعة **بأجرة المثل**؛ لأنه لو لم يكن كذلك **لأدَّىٰ إلىٰ ضياع حق الشريك.** قلت: وهو الصواب.

د - الإنصاف ج٥ ص٢٧١:

هل **ينفرد** صاحب السفل ببناء السفل أو يشركه فيه صاحب العلو ويجبر عليه إذا طلبه صاحب السفل؟ فيه روايتان؛ إحداهما: ينفرد صاحب السفل بالبناء وحدَه **وهو المذهب**، والثانية: يشركه صاحب العلو فيما يحمله منه، ويجبر عليه إذا امتنع.

ابن رجب ص١٤٤:

ذكر ابن عقيل في فنونه فيمن له حقٌّ إجراء مائه علىٰ سطح غيره، فعاب السطح ولو بجريان مائه عليه، لم يلزم صاحب الماء المشاركة في الإصلاح، وكذا لو كان ماء تلك الدار يجري إلىٰ بئر بحق، فعابت البئر، لم يلزم صاحب الماء المشاركة في إصلاحها، ويخرج ذلك كله علىٰ الخلاف في السفل الذي علوه لمالكٍ آخر يرجع إلىٰ أن الشركة في الانتفاع هل هي كالشركة في الملك[1]

---

(١) في أ- المغني ج٥ ص٤٦-٤٧، ابن رجب ص١٤٢ و١٤٣، التنقيح ص١٤٩، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٧١، الروض الندي ص١٤٦.

وفي ب- الفروع والتصحيح ج٢ ص٦٤٣، الإنصاف ج٥ ص٢٦٦-٢٦٧.

وفي ج- التنقيح ص١٤٩، تصحيح الفروع ج٢ ص٦٤٥.

٤ - المرتهن

٩٤- نفقته علىٰ الرهن:

إذا قام المرتهن علىٰ الراهن بالنفقة علىٰ الرهن، فلدينا فرضان:

الأول: أن يكون ما قام به المرتهن واجبًا علىٰ الراهن، سواءٌ كان الوجوب لحق الله؛ مثل أن يكون الرهن حيوانًا فينفق علىٰ إطعامه، أم كان الوجوب لحق المرتهن؛ كمؤنة الرهن، وأجرة مخزنه وتشميسه ورده إذا أبق أو ضاع، ومثل أن تكون النفقة لحفظ مالية الرهن إن قلنا بوجوبها علىٰ الرهن، ففي هذا الفرض يستحق المرتهن الرجوع علىٰ الراهن بعوض ما أنفقه؛ تطبيقًا لقاعدة قضاء الواجب عن الغير، ولا خصوصية للمرتهن في هذا، فمِثلُه في هذا مَن لا حقَّ له واجبٌ في المنفق عليه كالمودع في النفقة علىٰ الوديعة، والمستعير في النفقة علىٰ العارية.

الثاني: ألَّا تكون النفقة واجبةً علىٰ المرتهن كعلاج الحيوان المرهون، أو إصلاح الدار المرهونة، فإذا قام به المرتهن اعتُبر متبرعًا فلم يستحق الرجوع علىٰ الراهن؛ سواءٌ في هذا إن كان الراهن حاضرًا أم غائبًا، أمكن إنفاقه أم لا، فلا ظلَّ لقاعدة الضرورة كما نرىٰ.

علىٰ أنَّ هناك رأيًا في المذهب يرىٰ أنَّ المرتهن يستحق الرجوع بكل ما ينفقه علىٰ الرهن، ما دام الإنفاق ضروريًّا لحفظ حقِّه، فنرىٰ في هذا التطبيق

الاتجاه إلىٰ تحكيم قاعدة الضرورة كما رأينا في التطبيقات السابقة، ولكن علىٰ كل حال، فالرأي السائد في المذهب هو الأول.

٩٥- نصوص:

أ- شرح المنتهىٰ: ج٢ ص٢٤٢:

ولمرتهن ركوب حيوان بقدر نفقته بلا إذن راهن ولو كان حاضرًا ولم يمتنع من النفقة عليه؛ **لأنه مأذون فيه شرعًا** ويرجع مرتهن **بفضل** نفقته عن ركوب وحلب علىٰ راهن بنية رجوع.

ب - الشرح ج٤ ص٤٧:

وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما، **لا يرجع** المرتهن بها إذا أنفقها؛ سواءٌ أنفقها **محتسبًا** أو متبرعًا.

شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٤٣:

وإن عمر مرتهن الرهن كدار انهدمت، رجع معمر **بآلته** فقط؛ لأنها مِلكه، **ولا يرجع بما يحفظ به مالية الدار**؛ كثمن ماء، ورماد، وطين، ونورة وجص، وأجرة معمرين، إلَّا بإذن مالكها؛ **لعدم وجوب عمارتها عليه.**

ج - ابن عقيل، ورقة ٧٧/ب:

فإن أنفق المرتهن إما لغيبة الراهن أو مع حضوره، فأنفق المرتهن **محتسبًا** لا تطوعًا بالنفقة نُقل [عن أحمد] أنه لا يحتسب له بذلك، ولا يملك الانتفاع بالرهن بقدر ما أنفق؛ لأنه إحداث معاوضة ومبادلة ماله بمال غيره بغير رضاه، والمعاوضة لا تحصل إلَّا بالتراضي. و[الرواية] الثانية، يحتسب له بذلك، ويملك الانتفاع به بقدر ما ينفق عليه واختارها الخرقي؛ **لأن به حاجة إلىٰ حراسة وثيقته** لحراسة حقه، فهو **كالشريك** في الملك إذا غاب فأنفق شريكه وأوضح من هذا الجمال إذا هرب وترك الجمال علىٰ المكتري بلا علف؛ فإنه يعلفها محتسبًا كذلك هنا، **والجامع بينهما: أن هناك ينفق لحفظ منافعه، وهنا ينفق لحفظ وثيقته.**

وفي ورقة ٧٨/ ظ:

ويحتمل عندي أن يحتسب له بما يحفظ به أصل مالية الدار لحفظ وثيقته؛ لأنه **ليس بفضولي** في العمارة، بل هي نفقة لحفظ مالية وثيقته، وإن لم يكن للدار حُرمة في نفسها، فغرضه غرضٌ صحيح.

ابن رجب ص١٣٩-١٤٠:

لو خربت الدار المرهونة فعمرها المرتهن، المجزوم به في الخلاف الكبير للقاضي أنه يرجع؛ لأنه من مصلحة الراهن ولو قيل: إن كانت الدار بغير ما خرب منها **تحرز قيمة الدين المرهون، لم يرجع؛ لأنه لا حاجة إلىٰ عمارتها حينئذٍ**، وإن كانت دون حقِّه أ وفق حقه ويخشىٰ من تداعيها للخراب شيئًا فشيئًا حتىٰ **تنقص عن مقدار** الحق، فله أن يعمر ويرجع [لكان متجهًا](١)

٩٦- فداؤه الرهن:

وإذا جنىٰ الرهن ففداه المرتهن، ففيه رأيان في المذهب الحنبلي؛ رأي ألحقه بقضاء ما وجب علىٰ الغير فقال برجوع المرتهن علىٰ الراهن بالفداء.

ورأي آخر قال بعدم رجوع المرتهن علىٰ الراهن بالفداء، وعلَّله بأن الفداء لم يجب علىٰ الراهن، وهذا هو ما اختاره المتأخرون، وقيل: إنه أصح الرأيين في المذهب.

وعلىٰ كلٍّ، فنحن نرىٰ أن الضرورة لا اعتبار لها هنا من كلٍّ من الرأيين؛ فالذي قال بالرجوع قال به؛ لأنه يرىٰ الفداء واجبًا علىٰ الرهن لحقِّ المرتهن، والذي قال بعدم الرجوع قال به؛ لأنه يرىٰ الفداء غيرَ واجبٍ علىٰ الراهن.

---

(١) في أ- ابن عقيل ورقة ٨٤/ ظ، المغني ج٤ ص٤٣٤، ابن رجب ص١٣٩، الفروع ج٢ ص٥٩٩، التنقيح ص١٤٤.

وفي (ب) ابن عقيل ورقة ٧٨/ ظ، الإنصاف ج٥ ص١٧٧، الروض المربع ج٢ ص٦٠.

وفي (ج) الفروع ج٢ ص٥٩٩، الإنصاف ج٥ ص١٧٧.

٩٧- نصوص:

أ- ابن رجب ص١٥٩:

إذا جنىٰ المرهون   ففداه المرتهن بغير إذن الراهن، قال أكثر الأصحاب   إن تعذَّر [استئذانُه] خرج علىٰ الخلاف في نفقة الحيوان المرهون؛ لأنَّ الفداء هنا لمصلحة الرهن واستبقائه، وهو **واجب** علىٰ الراهن لحق المرتهن.

تصحيح الفروع ج٢ ص٦٠٧:

وإن فداه المرتهن بلا إذن، ونرىٰ الرجوع فيه روايتان   إحداهما: يرجع، قاله أبو الخطاب والشيخ الموفق والشارح وصاحب المستوعب والتلخيص والحاوِيَين والزركشي وغيرهم؛ **بناءً علىٰ من قضىٰ دين غيره بغير إذنه.**

ب- الإنصاف ج٥ ص١٨٠-١٨١:

وإن فداه بغير إذنه   إن نوىٰ الرجوع، فهل يرجع به؟ علىٰ روايتين؛ إحداهما: لا يرجع، جزم به في المحرر وتذكرة ابن عبدوس والوجيز، قلت: وهو **أصح؛ لأن الفداء ليس بواجب علىٰ الراهن.**

غاية المنتهىٰ: ج٢ ص١٠٠:

وإن فداه مرتهن بلا إذن راهن، لم يرجع، ولو نوىٰ **وتعذر إذن راهن؛** لأن الفداء لم يتعين عليه[١]

---

(١) في (أ) ابن عقيل ورقة ١٤/ظ، الإنصاف ج٥ ص١٨١، المغني ج٤ ص٤١٢، الشرح ج٤ ص٤٤٣. وفي (ب) شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٤٤.

٥ - من قضى دين غيره لتخليص ملكه

٩٨- مَن قضىٰ دين غيره، ولو لم يكن مضطرًّا في قضائه، فإنه يستحق الرجوع عليه ببدل ما قضىٰ، في الصحيح من المذهب الحنبلي، فمن احتبس ماله في دين غيره؛ مثل مَن يُعير ماله ليرهنه غيره، فإذا قضىٰ الدين ليخلص ماله المحتبس، استحقَّ الرجوع من باب أولىٰ، ومن هنا نرىٰ أنَّ الرجوع لم يؤسَّس علىٰ قاعدة الضرورة.

علىٰ أنَّا نرىٰ لقاعدة الضرورة ظلًّا، حيث يؤخذ بالرأي الآخَر في المذهب الذي يرىٰ أنَّ مَن قضىٰ دين غيره، أو أدَّىٰ عنه واجبًا بغير وكالة ولا ولاية، يعتبر متبرعًا ولا يستحق الرجوع. فإذا أخذ بهذا الرأي، فإنه يُستثنىٰ منه مسألة معير الرهن حين يؤدي الدين لتخليص مِلكه، فإنَّ له أن يرجع، وإن قيل بعدم الرجوع في قضاء دين الغير.

٩٩- نصوص:

ابن عقيل، ورقة ١٨/ب:

فإن قضىٰ [معير الرهن] الدين عن الراهن بغير إذنه بشرط الرجوع، فهل يرجع؟ خرَّجه شيخُنا علىٰ روايتين؛ إحداهما: يرجع؛ لأنه قضىٰ عنه واجبًا عليه وله فيه غرض، وهو خلاص [رهنه]، فهو كما لو أنفق علىٰ عبدٍ هو رهنٌ عنده عند غيبة سيده وليس بفضولي؛ لأنَّ له غرضًا في حفظه لتحفظ وثيقته كذلك ههنا، **وعندي** أنَّ هذا هو **الصحيح**، ولا يخرج علىٰ الرواية الأخرىٰ ههنا.

ابن رجب: ص١٤٠-١٤١:

وقد يجتمع النوعان يؤدي عن ملك غيره واجبًا يتعلَّق به حقُّه، وفي ذلك طريقان؛ أحدهما: أنه على روايتين (روايتي قضاء الدين)، وهي طريقة **الأكثرين**، والثاني: يرجع ههنا رواية واحدة، وهي طريقة **القاضي** في خلافه، فمن ذلك إذا أعاره شيئًا ليرهنه ثم افتكَّه اعتُبر بقضاء الدين، فإنه يرجع هنا قولًا واحدًا على ظاهر كلام القاضي وهذه المسألة قد **لا يطَّرد [فيها]** الخلاف؛ لأن **الإنفاق ههنا لاستصلاح مِلك** المنفق، فهو كإنفاق الشريك على عمارة الحائط؛ يرجع به بغير خلاف [كذا].

٦ - الـدائـن

١٠٠- بالرغم من المصلحة المشتركة للدائن والمدين في حفظ مال الأخير؛ فالمذهب الحنبلي لا يجعل للدائن حقًّا في أن يقوم عن مدينه بالتصرُّف في ماله، ولو كان في ذلك حفظه وزيادته؛ سواءٌ في ذلك إن كان المدين مليًّا أو معسرًا في الواقع أم محجورًا عليه، وسواءٌ ترك التصرف في ماله أو استعمال حقوقه؛ لعجزه، أو لغيبته، أو لإهماله، أو لسُوء نيَّتِه؛ فلا حقَّ لدائنيه أن يستعلموا هذه الحقوق عنه، ولو نتج عن ذلك زيادة أموال مدينه وحفظها فزاد بذلك ضمان ديونهم وتم حفظه.

فليس لهم ابتداءً التصرفُ ببيع ماله، ولا إيجار أملاكه، ولا تزويج رقيقه، ولا المعاوضة عن قصاصٍ وجب له بجناية علىٰ مورثه. وليس لهم قَبول هبةٍ له، أو وصية، أو صدقة، ولو كان المتبرع بذلك ابنًا له. وليس لهم استعمال خياره فيما إذا باع واشترىٰ بشرط الخيار؛ لأن في ذلك كلِّه لا يجبر عليه بالإمضاء أو الرد، ولا يتولَّاه عنه الحاكم بالولاية العامة، فلا يتولَّاه الدائنون.

١٠١- ولكن لهم مع ذلك، أن يرفعوا الدعوىٰ عنه؛ لإثبات حقٍّ له في دينٍ أو في عين، ويُقيموا البيِّنَةَ عليه وإن لم يكن أذن لهم في ذلك لفظًا أو عُرفًا، فإذا أثبتوا ما له من دينٍ علىٰ غيره، أو عينٍ في يده، استطاعوا التنفيذ عليه وقضاء ديونهم منه، وهذا استثناءٌ من القاعدة أنه «لا يصح الدعوىٰ للغائب ولا القضاء له إلَّا تبعًا للدعوىٰ أو للقضاء للحاضر».

برَّر الاستثناء اضطرار الدائنين لحفظ حقوقهم؛ ولكن هذا الاستثناء مقصور علىٰ إقامة البيِّنة، فلا يستطيعون حلف اليمين ولو امتنع عنها المدين المفلس وترتب ثبوت الحق عليها، والظاهر أنَّ سبب ذلك أنهم يدَّعون نيابةً عن المدين، ولا نيابةَ في اليمين.

وظاهر النصوص أنه لا يكون للدائن حق الدعوىٰ عن المدين، إلَّا إذا ترك المدين الدعوىٰ لنفسه، ويستوي أن يتركها لغيبةٍ، أو لعجز، أو لإهمال، أو لسُوء نيَّةٍ.

فإذا حُكم للمدعي فإنه يسري الحكم علىٰ المدين، فإذا كان المحكوم به عينًا أو دينًا للمدين، قضي منه دينه؛ فالظاهر أنه يثبت له الملك في الدين والحق في الدين، وإن كان ورد في بعض النصوص أنه إذا أنكر المفلس ما ادَّعىٰ به له ثم ثبت، فإنه يقضي به دينه، ولكن لا يثبت له ملك فيه. وهذا وضع شاذ كما ترىٰ، برَّره أنَّ المدين يُنكر حقَّه فيه، فالمنطق يقضي ألَّا يثبت، ولكنَّ الدائن له حقٌّ في قضاء دينه، فاعتُبر بالنسبة للمدين غيرَ مملوكٍ له، وبالسبة للدائن مملوكًا للمدين.

وظاهر النصوص أنه لو حُكم ضد المدعي، فتنطبق قاعدة الدعوىٰ والقضاء علىٰ الغائب.

وبالرغم من عدم وضوح النصوص، وسكونها عن الإجابة علىٰ كثيرٍ من الأسئلة التي يُثيرها المنطق حول الموضوع، إلَّا أنه يمكن القول أنه في المذهب الحنبلي -كما في المذهب المالكي- يوجد أساس لنظام يمكن أن يقابل نظام الدعاوىٰ غير المباشرة (action oblique) في الفقه العربي الحديث.

١٠٢- نصوص:

أ- الكشاف ج٣ ص٣٦٦-٣٦٧:

ولا يجبر المدين **مطلقًا** علىٰ قَبول هبةٍ وصدقة وعطية **ووصية**، ولو كان المتبرع ابنًا له؛ **لما فيه من الضرر عليه** بتحمُّل المِنَّة ولا يملك غير المدين

وفاءَ دينِه عنه مع امتناع المدين منه ولا يملك الحاكم **قَبْضَ** ما ذكر من هبة ووصية ونحوها للمدين لوفائه بلا **إذنٍ من المدين** لفظيٍّ أو عُرفي؛ لأنه لا يملك إجباره عليه فلم يملك **فِعلَه** عنه ولا يُجبر علىٰ خلع إذا بذلت زوجته أو غيرها مالًا **ليخلعها** ولا يجبر مدين باع أو اشترىٰ، بشرط الخيار علىٰ رد ولا علىٰ إمضائه ولو كان **فيه حظٌّ**؛ لأن ذلك إتمامٌ لتصرُّفٍ سابق علىٰ الحجر، ولا علىٰ أخذ ديةٍ عن قَوَدٍ وجب له بجناية علىٰ مورثه.

ب- ابن عقيل، ورقة ١٤٠/ب- ١٤١/ظ:

وإنما لم يصحَّ القضاء للغائب . . .؛ لأن القضاء للغائب حكمٌ له بحقٍّ لم تتحقَّق مطالبتُه به، ومعلومٌ أن **رضاه معتبر لحصول القضاء** له مع حضوره، ومع الغيبة لا يتحقَّق رضاه ولا مطالبتُه وتصميمه علىٰ المطالبة.

ج- شرح المنتهي ج٣ ص٤٩٨ و٤٩٩:

فإن كان [المحكوم به علىٰ الغائب] **دينًا**، فإن وجد الحاكم له مالًا وفاه **وإلَّا يجد للغائب** مالًا قال للمدعي: إن عرفت له -أي الغائب- مالًا، **وثبت عندي**، وفيتك منه دينَك ذكر الأصحاب أن الحاكم يقضي علىٰ الغائب ويبيع ماله، فلا بد من معرفته أنه للغائب، وأعلىٰ طرقه البينة، فيكون من الدعوىٰ للغائب تبعًا أو **مطلقًا للحاجة إلىٰ إبقاء الحاضر**، وبراءة ذمة الغائب.

الكشاف ج٣ ص٣٥١:

ولو قامت بيِّنة **للمفلس** بمالٍ معيَّن فأنكر المفلس ولم يقر به، **قُضي منه دينه، ولا يثبت الملك للمدين؛** لأنه لا يدعيه.

د - المغني، ج٤ ص٤٨٤:

قال [الخرقي]: «ومَن وجب له حقٌّ بشاهدٍ فلم يحلف، لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا»، وجملة ذلك أنَّ **المفلس** في الدعوىٰ كغيره، فإنِ ادَّعىٰ حقًّا له به شاهد عدل وحلف مع شاهده، ثبت المال **وتعلَّقت به حقوق الغرماء،** وإن امتنع لم يجبر؛ لأنَّنا لا نعلم صِدق الشاهد فإن قال الغرماء: نحن

نحلف مع الشاهد، **لم يكن لهم** ذلك   لنا: أنهم يُثبتون به ملكًا لغيرهم لتتعلَّق حقوقُهم به بعد ثبوته، فلم يجز لهم ذلك؛ كالمرأة تحلف لإثبات مِلكِ زوجِها لتتعلَّق نفقتُها به، وكالورثة قبل موت مورثهم، وفارق ما بعد الموت؛ فإنَّ المال انتقل إليهم وهم يثبتون بأيمانهم ملكًا لأنفسهم[1]

---

(١) في (أ) الإنصاف ج٥ ص٢٨٤-٢٨٥، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٨٧.
وفي (ب) التنقيح ص٣٠٦، الروض الندي ص٥١٦، الكشاف ج٦ ص٢٨٧.
وفي (ج) الإنصاف ج٥ ص٢٨٠.
وفي (د) المغني ج١٢ ص١٠٣، الإنصاف ج٥ ص٣١٨، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٨٨، رحمة الأمة ج١ ص٢١٨.

الفرع الثاني

الفكرة العامة

لا وجود لقاعدة عامة للضرورة

١٠٣- بالرغم من أن المذهب الحنبلي قد اعتبر الضرورة مبررًا للإعفاء عن المسئولية أو تخفيفها في الفعل الضار، ومبررًا للتصرف علىٰ الغير، إلَّا أنه لم يُعطِها في مجال التصرف عن الغير إلَّا أهمية ضئيلة.

فمن دراسة التطبيقات السابقة نرىٰ ضِيقَ المجال الذي يهيؤه المذهب الحنبلي للضرورة كمبررٍ للتصرف عن الغير، وقد عهدنا من دراستنا للموضوع في المذهبين الحنفي والمالكي، أنَّ الذي يخلق المجال للضرورة اشتباكُ المصالح. وفي المذهب الحنبلي، إذا اشتبكت مصالح لشخصين أو أشخاص متعدِّدِين، فرض المذهب التعاون علىٰ ذوي المصالح المشتركة في غالبِ الأحوال، فبالنسبة للأملاك المشتركة -مثلًا- إذا احتاجت للإصلاح فطلب أحد الشريكين من الآخر اشتراكه في النفقة والعمل، وجب شرعًا علىٰ الشريك الآخر الإجابة، ويضطره إلىٰ ذلك القضاء إن امتنع، فإن أصرَّ ولم يمكن قيامُه بالعمل بنفسه، أو مَن يقوم مقامَه، فإنَّ القاضي يأمر بإجراء العمل لحسابه. هذا من جهة.

ومن جهة أخرىٰ، فقد وجدتُ في المذهب الحنبلي قاعدةً تحكم بأن «من قام عن غيره بما وجب عليه، استحقَّ الرجوع عليه بالعوض» وسندرس هذه القاعدة بالتفصيل بعد.

وساهمت هذه القاعدة في تضييق المجال أمام قاعدة «الضرورة» التي كان دورها الهام في مذهبٍ كالمذهب الحنفي، حلَّ مشكلة الرجوع علىٰ الغير بما

يبذل عنه، وإلزامه ذلك وإن لم يلتزمه برضاه، متىٰ كان الباذل مضطرًّا إلىٰ هذا البذل لحماية مصلحته. والمذهب الحنبلي حلَّ هذه المشكلة، ولكن عن طريقٍ آخر، إذا استطاع -كما شاهدنا في التطبيقات- أن يدخل هذه الحالة في مجال قاعدة قضاء الواجب عن الغير «المشار إليها، فلم تكن هنا ضرورة للجوء إلىٰ قاعدة الضرورة».

١٠٤- وكان يمكن أن يكون لقاعدة الضرورة دورٌ في مجال التصرفات القولية، ولكن يبدو أنَّ سيطرة «الرضائية» في العقود في المذهب الحنبلي، لم تجعل الطريق أمامها سهلًا. والمذهب دائمًا يتشدَّد في قَبول التصرف القولي، ما دام لا يصدر ممن تسري عليه آثار التصرف، أكثر مِن تشدُّدِه في قَبول التصرف الفعلي، نلاحظ هذه التفرقة مثلًا في مجال التصرف علىٰ الغير[١]

والدور الهام الوحيد «للضرورة» في المذهب الحنبلي، كان هو إعطاء الدائن حقَّ المقاضاة عن المدين؛ ليسهل عليه الوصول إلىٰ حقه.

١٠٥- علىٰ أنَّنا نلاحظ اتجاهًا في الفقه الحنبلي يبرز بالأخص عند القاضي أبي يعلىٰ وابن عقيل وابن حمدان للأخذ بقاعدة الضرورة، والهدف من ذلك نقلُ الحالات التي رأينا المذهب يطبق فيها قاعدة «قضاء الواجب عن الغير»، والتي تجعل الرجوع بالعوض مبنيًّا علىٰ قولين، إلىٰ مجال «قاعدة الضرورة»؛ حيث يكون الرجوع مبنيًّا علىٰ قول واحد.

---

(١) ابن رجب ص٣٢٣.

الفصل الرابع

المذهب الشافعي

الفرع الأول

التـطـبـيـقـات

١ - الشريك في الملك

١٠٦- علىٰ القول الجديد في المذهب الشافعي، إذا احتاج مِلكٌ مشترك إلىٰ الإصلاح والإحياء، وطالب بعض الشركاء فيه الآخرين أن يُصلحوا أو يعمروا، لم يلزمهم إجابته إلىٰ ذلك؛ سواءٌ في هذا الدار والبئر والشجر.

ولكلٍّ منهم أن يقوم بالإصلاح والنفقة، ولكن ليس له أن يرجع بعد ذلك علىٰ من يصلح، أو لم ينفق بقسط حصته من التكاليف.

فإن تمثل الإصلاح في أثرٍ لا عينَ له قائمة، فإنَّ ما خسره بالنسبة لحصص شرائه يفوت عليه، ولا يكون له أن يمنع الشركاء من حِصَصِهم، أو من الانتفاع بها.

وإن تمثل الإصلاح في عينٍ لها وجودٌ وبقاء، فله أن يمنع شركاءه من الانتفاع بهذه العينِ؛ تطبيقًا للقواعد العامَّة، ذلك أنها مِلكُه وحدَه، وإن التصقت بفِعلٍ محترم بملك لغيره، فلا حقَّ لأحدٍ أن يتصرَّف فيها أو ينتفع بها بدون إذنه ورضاه.

ولكن إذا منعهم من الانتفاع بهذه العين الجديدة، فلهم أن يطالبوه بنقضها، ويعودوا إلىٰ إحداث بدلها بنفقة مشتركة إذا تراضوا عليها.

وهذا إنما يكون في العين القائمة التي يُراد ترميمُها أو إصلاحها، أمَّا إذا زالت العين بالكلية فأراد بعض الشركاء إعادتها بأنقاضها، فللآخَرين منعُهم؛ لأنَّ نصيبهم من الأنقاض مِلكُهم لا حقَّ لأحدٍ في التصرف فيه بغير رضاهم ولو كان شريكهم، ولو كان في تصرفه رعايةٌ لمصلحته ومصلحتهم.

الخلاصة: أن الضرورة لا تكون في الملك المشترك مبررًا لتصرُّفِ أحدِ الشركاء عن الآخرين، وقد صرَّح بذلك الفقهاء الشافعيون، وذكروا بصريح العبارة أن لا محلَّ هنا لتطبيق المبدأ القائل بأن لا ضرر ولا ضرار كما ذكروا أنه لا يجب علىٰ غير المنفِق تعويضُ المنفق، وإن عادت عليه منفعةٌ من النفقة ما دام لم يلتزم ذلك برضاه؛ **تطبيقًا** للنص «لا يحلُّ مالُ امرئٍ مسلم إلَّا بطِيبِ نفسٍ منه».

١٠٧- الأم ج٣ ص٢٠١:

وإذا كان النهر بين قوم دعا بعضُهم إلىٰ [إصلاح ببناء أو كنس]، وامتنع بعضُهم، لم يُجبر الممتنع علىٰ العمل ولو كان فيه [في تركه] ضرر ويقال لهؤلاء: إن شئتم **فتطوَّعوا** بالعمارة، ويأخذ هذا ماءه معكم، ومتىٰ شئتم أن تهدموا العمارة هدمتموها وأنتم مالكون للعمارة **حتىٰ يعطيك**م ما يلزمه في العمارة، **ويملكها معكم**، وهكذا العين والبئر.

المزني: ج٣ ص٢٢٥:

الشركاء في نهر أو بئر لا يُجبر أحدُهم علىٰ الإصلاح **لضررٍ** ولا غيره **ولا يمنع المنفعة؛** فإن أصلح غيره، فله عين ماله متىٰ شاء نزعه.

الرملي ج٤ ص٣٩٩-٤٠٠:

وليس له إجبار شريكه علىٰ العمارة في الجديد؛ لخبر: «لا يحلُّ مالُ امرئٍ مسلم»، وأمَّا خبر: «لا ضررَ ولا ضرار» **فخصوص** بغير هذا؛ إذ الممتنع يتضرَّر أيضًا بتكليفه العمارة، والضرر لا يُزال بالضرر ويجري ذلك في نهر وقناة وبئر، مشتركة ونحو ذلك؛ **كزراعة** أرض مشتركة، وكسقي نبات، كما قاله القاضي وغيره، ورجَّحه الأذرعي. وقول الجوري: يلزم أن يسقي الأشجار اتفاقًا، ضعيف وإن أراد **إعادة** [الحائط المنهدم] بنقضه المشترك، فللآخَرِ منعُه **كسائر الأعيان المشتركة،** وأفهَمَ كلامُه جوازَ الإقدام عليه عند عدم المنع؛ قال في المطلب: إنه المفهوم من كلامهم[1]

(١) مغني المحتاج ج٢٤ ص١٩٠، السيوطي ص٧٦.

٢ - من له حق الارتفاق

١٠٨- إذا كان سفل الدار لشخص وعلوها لآخر، أو كان حائط بين شخصين هما شريكان فيه، أو لأحدهما حق عليه بوضع خشب ونحوه، فإذا انهدم السفل فانهدم العلو فأراد صاحب العلو إعادة السفل ليعيد علوه، أو استهدم السفل فأراد صاحب العلو إصلاحه وترميمه، ومثل ذلك الحائط المشترك إصلاحه، فإن الآخر لا يجبر علىٰ إجابته إلىٰ الإصلاح.

فإذا استقلَّ مريد الإصلاح والتعمير بهما، لم يكن له أن يرجع علىٰ الآخَرِ بقسطٍ من النفقة، وإن كان حين استقلَّ هو بالنفقة كان مضطرًّا إلىٰ ذلك؛ لأن صاحبه لم يوافقه علىٰ الاشتراك في النفقة، ولم يمكن حملُه علىٰ ذلك بالقضاء.

ثم إن كانت العمارة أثرًا لا عينَ لها قائمة، كان للمتنع مع ذلك أن ينتفع بالمعمور دون أن يلزم بدفع حصَّتِه من النفقة.

أمَّا إذا كانت العمارة عينًا قائمة، لم يكن لغير مقيمها الانتفاع بها، فإذا كان -مثلًا- بَنَىٰ السفل بمواد من عنده، أقام حيطانه، لم يكن لصاحب السفل أن يشفع بالحيطان فلا يَتِدُ فيها وتدًا، ولا يفتح فيها كوَّة ولكن له أن يسكن؛ لأنَّ قرار الدار ملكه، وله حق الانتفاع به. ويبقىٰ للمعمر أن ينقض عمارته متىٰ شاء، ولا يجبر في أي وقت علىٰ تمليكها لصاحب السفل في مقابل دفع قيمتها أو نفقتها لو طلب ذلك صاحب السفل.

وكل هذه الأحكام سبق ما يشبهها بالنسبة للشركة في الملك.

وهذا علىٰ القول الجديد، أمَّا علىٰ القول القديم فيُجبر الممتنع في المسألتين العلو والسفل، والحائط المشترك، وللحاكم أن يأمر الطالب بإجرائه الإصلاح علىٰ حساب الممتنع، فإن قام به قبل استئذان الحاكم كان الحكم في ذلك كما سبق.

١٠٩- هذا، ولو كان الذي يطلب الإصلاح والتعمير هو صاحب الملك المرتفق به؛ كصاحب السفل يطالب صاحب العلو، أو صاحب الحائط يطالب مَن له حق وضع الخشب عليه، لم يغير ذلك من الأمر شيئًا، فلا يجبر الآخر علىٰ الإجابة، وإذا استقلَّ طالب الإصلاح والتعمير بهما، كان الحكم بالتفصيل علىٰ نحو ما سبق.

١١٠- نصوص:

أ- المزني ج٢ ص٢٢٥:

فإن سقط [السفل] لم يجبر صاحب السفل علىٰ بنائه، فإن تطوَّع صاحب العلو أن يبني السفل كما كان ثم يبني علوه كما كان، فذلك له، وليس له منعُ صاحبِ السفل من **سكناه**، ونقض الجدران له، ومتىٰ شاء أن يهدمها هدمها وقال الشافعي -في كتاب الدعوىٰ والبينات- فإذا أفاد صاحب السفل مالًا **أخذ منه** قيمة ما أنفق في السفل، [قال المزني] الأولىٰ أولىٰ بقبوله؛ لأن الثاني متطوِّعٌ، فليس له أخذُه من غيره إلَّا أن يراضيه عليه.

المهذب: ج١ ص٣٣٧:

وهل لصاحب العلو إجبارُ صاحبِ السفل علىٰ البناء؟ فيه قولان: فإن قلنا: يجبر فإن تبرع صاحب العلو وبنىٰ من غير إذن الحاكم، لم يرجع بشيء ثم ينظر، فإن كان بناها بآلتها كانت **الحيطان لصاحب السفل؛** لأن الآلة كلَّها له وليس لصاحب العلو منعُه من الانتفاع بها، ولا يملك نقضها وإن بناها بغير آلتِها، كانت **الحيطان لصاحب العلو** وليس لصاحب السفل أن ينتفع بها، ولا أن يَتِدَ فيها وتدًا، ولا يفتح فيها كوَّة من غير إذن صاحبِ العلو، ولكن

له أن يسكن في قرار السفل؛ لأنَّ القرار له، ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان؛ لأنه لا حقَّ لغيره فيها، فإنْ بذل صاحب السفل القيمة ليترك نقضها، لم يلزمه قبولها.

وفي ص٣٣٦:

وإن قلنا بقوله الجديد فأراد الشريك أن يبنيه [الحائط]، لم يمنع؛ لأنه يُعيد رسمًا في مِلكٍ مشترك، وهو عرصة الحائط، فلم يمنع منه، فإن بناه بآلته فهو بينهما، **ولكل واحدٍ منهما أن ينتفع به،** ويعيد ماله من رسم خشب، وإن بناه بآلة أخرىٰ، **فالحائط له** وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به، وإن أراد نقضه كان له؛ لأنه لا حقَّ لغيره فيه، فإن قال الشريك: لا تنقضه وأنا أعطيك نصفَ القيمة لم يمنع من نقضه؛ لأن علىٰ هذا القول لو امتنع من البناء في الابتداء لم يجبر فإذا بناه لم يجبر علىٰ بيعه، وإن قال: قد كان لي عليه رسم خشب وأعطيك نصف القيمة وأعيد رسم الخشب، قلنا للباني: إمَّا أن تمكنه من إعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة، وإما أن تنقضه ليبني معك؛ لأن القرار مشترك بينكما، فلا يجوز أن يُعيد رسمه ويسقط حق شريكه.

التحفة ج٥ ص٢١٦:

فإن أراد الشريك [في الحائط] إعادة منهدم بآلة نفسه، لم يمنع وأطال جمع **في استشكاله، وأنه مخالف للقواعد من غير ضرورة؛** إذ العرصة مشتركة، فكيف يستبد أحدهما بها علىٰ أنه قد يوجه إطلاقُهم بأنَّ امتناعه من العمارة بآلته نفسه والقسمة عناد منه، فمُكِّن شريكه من الانتفاع به؛ **للضرورة فعُلم** توقف جواز الإعادة علىٰ انتفاع الشريك منها، وإلَّا فللشريك تملُّكُ قَدْرِ حصَّته منه بالقيمة فامتناع غير الباني مجوِّز للإعادة ومانعٌ له من الهدم، والتملك وعدم الامتناع محرم لها ومجوز لهما.

ب- المهذب: ج١ ص٣٣٧:

وإن كان لأحدهما علو وللآخر سفل والسقف بينهما فانهدم حيطان السفل، لم يكن لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو علىٰ البناء قولًا واحدًا؛ لأن حيطان السفل لصاحب السفل، فلا يجبر صاحب العلو علىٰ بنائه.

ابن الصلاح: ورقة ٤٠/ظ:

ذمي له حائطٌ في مِلكه ولشخصٍ مسلم عليه طرح خشب والحائط مستهدم، وقد امتنع المسلم من العمارة فيه مع الذمي لا يلزم المسلم أن يعمر معه **إذا كان** نفس الحائط كله له، وليس للمسلم إلَّا حقُّ الركوب، ولا يلزم المسلم والحالة هذه شيءٌ من غرامة ذلك، وإذا بناه بآلةٍ جديدة **عند تعذُّرِ بنائه علىٰ الآلة القديمة**، فذلك جائز، وله أن يمنع صاحب الركوب حتىٰ يبذل حق الركوب[1]

---

(١) في -أ- الأم ج٣ ص٢٠١، الوجيز ج١ ص١٧٩، رحمة الأمة ج١ ص٢١٦، الميزان ج٢ ص٨٧، ابن حجر ج٣ ص٥٩ و٦٢، الرملي ج٤ ص٣٩٩-٤٠٠، مغني المحتاج ج٢ ص١٨٩-١٩٠ و٢١٢-٢١٣.

٣ - المرتهن

١١١- نفقته علىٰ الرهن:

تلزم الراهن النفقة علىٰ الرهن إذا كان الرهن لا يبقىٰ بدونها؛ كطعام رقيق، وعلف دابة. أمَّا ما يبقىٰ الرهن بدونها، فلا تلزم الراهن فلا يلزمه علاج؛ كسقي دواء، وفصد عرق وإن احتاج الرهن إليه.

وسواءٌ كانت النفقة واجبة علىٰ الراهن أم غير واجبة، فإذا قام بها المرتهن بغير إذن الرهن، ولو لم يمكنه الحصول علىٰ هذا الإذن من الراهن أو من يقوم مقامه، فإنه يعتبر متبرعًا، ولا يرجع بعوض نفقته علىٰ الراهن لا في ذِمَّته ولا في رقبة الرهن.

فاضطرار المرتهن إلىٰ النفقة لحماية وثيقته وضمان حقه، لا يكون مبررًا لأن يرتب علىٰ غيره حقًّا لم يلتزمه برضاه.

١١٢- فداؤه الرهن:

والأمر كذلك فيما لو جنىٰ الرهن، ووجبت الجناية في رقبته -وهي بالطبع مقدمة علىٰ حق الراهن فيه- فإذا استخلصه المرتهن بالفداء ليبقىٰ وثيقة بدينه كما كان ولو مع امتناع الراهن عن فدائه أو غيبته، فإن المرتهن -كما في المسألة السابقة- يعتبر متبرعًا بالفداء، ويبقىٰ الرهن ملكًا للراهن لا حق عليه إلا حق الرهن.

١١٣- نصوص:

أ- المزني، ج٣ ص١٤٧:

وإذا رهنه أرضًا أو نخلًا فانقطعت عينها أو انهدمت ودثر مشربها، لم يجبر الراهن أن يصلح من ذلك شيئًا، ولم يكن للمرتهن أن يصلحه، **علىٰ أن يرجع به علىٰ الراهن، كان الراهن غائبًا أو حاضرًا.** وإن أصلحه فهو متطوع بإصلاحه وإذا رهنه **عبدًا أو أمة** فغاب الراهن، أو **مرض** فأنفق عليهما فهو متطوع، ولا تكون **النفقة له حتىٰ يقضي بها** الحاكم علىٰ الغائب ويجعلها دينًا عليه؛ لأنه لا يحل له أن تمات ذوات الأرواح بغير حق، ولا حرج في إماتة ما لا روح فيه من أرض أو نبات.

ب- المزني، ج٢ ص٢١٥:

وإذا جنىٰ العبد الراهن، قيل لسيِّده: إن فديته بجميع الجناية فأنت متطوع وهو رهن، وإن لم تفعل بيع في جنايته. فإن تطوع المرتهن لم يرجع بها علىٰ السيد[١]

(١) في (أ) الأم ج٣ ص١٣٣، قواعد الزركشي ورقة ٣٢/ب.
وفي (ب) الأم ج٣ ص١٥٩، وج٦ ص٢٣.

٤ - من يقضي دين غيره لتخليص ملكه

١١٤- في المذهب الشافعي من قضىٰ دين غيره بغير أمرٍ منه اعتُبر متبرعًا، ولم يكن له أن يرجع علىٰ المقضي عنه بعوض ما قضىٰ.

ولو فرض أن شخصًا احتبس ملكه في دين غيره؛ مثل أن يعير ماله ليرهنه غيره في دين علىٰ هذا الغير -وفي المذهب الشافعي فيما بين المعير والمرتهن، يأخذ حكم الضمان فلا يرجع فيه بعد القبض- ففي هذا المثال وأشباهه، هل تجيز ضرورة أن لا سبيل للشخص إلىٰ الوصول إلىٰ ماله إلَّا بقضاء دين الغير، هل تجيز هذه الضرورة للشخص أن يقضي دين غيره علىٰ أن يرجع عليه بما قضىٰ -وهذا ما رأينا في مذهب يشبه المذهب الشافعي في شأن قضاء الدين عن الغير وهو المذهب الحنفي؟

الجواب بالنفي؛ فالمذهب الشافعي يرىٰ أنَّ مَن قضىٰ دين غيره ولو كان مضطرًّا في هذا القضاء، لا يستحق الرجوع علىٰ المقضي دينه بالعوض. وإذًا فهذا مثالٌ يضاف إلىٰ الأمثلة السابقة التي تدل علىٰ أن الفقه الشافعي لا يرىٰ في الضرورة مبررًا للتصرف عن الغير.

١١٥- نصوص:

المجموع شرح المهذب ج٢ ورقة ١١٦/ب:

إذا استعار شيئًا ليرهنه بدين، فسبيل هذا فيما بين المعير والمرتهن حكم الضمان أغلب **لا يرجع بعد القبض علىٰ الأصح.**

الأم ج٣ ص١٥٤:

قال الشافعي: ولو أدَّىٰ [معير الرهن] الدين بغير إذنه **حالًا كان أو مؤجلًا**، **كان متطوعًا** بالأداء، ولم يكن له الرجوع به علىٰ الراهن. ولو اختلف فقال الراهن: أديت بغير أمري، وقال الآذن له في الرهن: أديت عنك بأمرك، فالقول قول الراهن.

فتاوىٰ الرملي، ج٢ ص١٧١:

شخص استعار شيئًا ليرهنه بدينه بشرط، فرهنه به ثم مات [المعير] فأدَّىٰ ورثته دين المرتهن لا رجوع لهم به علىٰ [المستعير][1]

(١) مغني المحتاج ج٢ ص١٢٦، فتاوىٰ الرملي ج٢ ص١٧٢، قارن: ابن القيم ج٢ ص٣٢٦.

٥ - الـدائــن

١١٦- تمهيد:

في التطبيقات السابقة رأينا المذهب الشافعي لا يسمح «بالضرورة» مبررًا للتصرف عن الغير، بالرغم من قيامها، ولكنه سمح بذلك علىٰ سبيل الاستثناء بالنسبة للدائن مع مدينه في بعض الحالات.

فهو يجيز للدائن -في حدود- أن ينفذ ما وجب له علىٰ مدينه علىٰ حساب هذا الأخير.

وهو -وقد أجاز استقلال الدائن بأخذ دينه من المدين في ظروف معينة- أجاز للدائن إذا لم يحصل من مال مدينه الأعلىٰ مال من غير جنس دينه أن يتصرف فيه بالبيع ليحوله إلىٰ جنس الدين؛ ليقتضي منه بعد ذلك دينه.

وأخيرًا أباح -كما يرىٰ بعض الفقهاء- للدائن أن يستعمل دعاوىٰ مدينه ضدَّ مدينيه؛ ليتوصل إلىٰ إثبات مال لمدينه يستطيع التنفيذ عليه، واقتضاء دينه منه.

وندرس بالتفصيل هذه الحالات علىٰ التوالي:

١١٧- التنفيذ علىٰ حساب المدين:

إذا كان عقد مساقاة أو مزارعة، وهرب العامل، أو غاب، أو مات قبل انتهاء العمل الواجب عليه في المساقاة أو المزارعة، فإن المالك يرفع الأمر إلىٰ الحاكم ليستأجر علىٰ حساب العامل من يعمل بدله، فإنْ تعذَّر الرفع إلىٰ الحاكم؛

بأن كان غائبًا فوق مسافة العدوىٰ، أو كان حاضرًا ولم يُجبْه إلىٰ ما التمسه أو أجابه إليه، لكن بمالٍ يُعطيه له وإن قَلَّ، أو عسر إثبات الواقعة عنده، إذا وقع هذا جاز للمالك أن يقوم بالعمل بنفسه أو بمن يستأجره لذلك، ويشهد علىٰ قصده الرجوع -علىٰ العمل- بعوض عمله أو بدل نفقته، فإذا فعل ذلك استحقَّ الرجوع عليه.

وكِراء الدواب للحمل في المذهب الشافعي، عقدٌ موجِبُه التزامُ المُكري بالقيام علىٰ الدابَّة وعلفها وأجرة متعهدها، فإذا امتنع قيامُه بذلك، لهربه أو موته أو نحو ذلك، ولم يمكن المستأجر الرفع إلىٰ الحاكم، فإنَّ له أن يستقلَّ بالقيام بهذا العمل عن المكري، ويشهد علىٰ قَصْدِه الرجوع بالعوض عليه، فإذا فعل ذلك استحقَّ الرجوع.

وفي هذين المثالين الدين ثابتٌ في ذِمَّة المدين، والدائن يتضرَّر بتَرْكِ تنفيذه علىٰ حسابه، والظاهر أنَّ هذين الوصفين شرطان؛ لانطباق الحُكمِ فيما عدا هذين المثالين.

ويضاف إليهما شرط ثالث: هو شرط الإشهاد علىٰ قصد الرجوع، ويبدو أنه شرطٌ شكليٌّ؛ لقيام هذه الولاية عن التصرف عن الغير، وليس مجرَّد شرط للإثبات.

وعلىٰ كلٍّ، فموضوعُه -كما قلنا- قصدُ الرجوعِ، أمَّا الإشهادُ علىٰ قَدْرِ المبذول من جُهدٍ أو نفقة، وهل يجب علىٰ الدائن الباذل أم أنه يُعتبر أمينًا، بعد أن منح الولاية علىٰ العمل فيقبل قوله إذا ادعىٰ القدر المعتاد؟ فذلك موضع خلاف في المذهب الشافعي.

١١٨- نصوص:

أ- المهذب، ج١ ص٣٩٣:

وإن هرب [عامل المساقاة] إن عمل فيه رب الأرض أو استأجر مَن عمل فيه بغير إذن الحاكم، لم يرجع؛ لأنه متبرع، وإن أشهد ففيه وجهان؛ أحدهما:

يرجع؛ **لأنه موضع ضرورة**... والثاني: لا يرجع؛ لأنه يصير **حاكمًا** لنفسه علىٰ غيره. وهذا **لا يجوز لضرورة** ولا غيرها.

مغني المحتاج، ج٢ ص٣٣٠:

فإن لم **يقدر المالك علىٰ مراجعة الحاكم**؛ إمَّا لكونه فوق مسافة العدوىٰ، أو حاضرًا ولم يُجبْه إلىٰ ما الْتمسه، فليشهد علىٰ العمل بنفسه أو الإنفاق إن أراد الرجوع بما يعمله أو بنفقته؛ لأن الإشهاد **حال العذر كالحكم**، ويصرح في الإشهاد **بإرادة الرجوع**، فإن لم يشهد -كما ذكر- فلا رجوع له، **وإن لم يمكنه الإشهاد فلا رجوع له** أيضًا؛ **لأنه** عذر نادر.

ب- المهذب، ج١ ص٤٠١:

فإن هرب الجمال وترك الجمال فإن لم يكن حاكم فأنفق [المستأجر] إن أشهد فهل يرجع؟ ففيه وجهان؛ أحدهما: لا يرجع؛ **لأنه يثبت حقًّا لنفسه من غير إذنٍ ولا حاكم**، والثاني: يرجع؛ **لأنه حقٌّ تعذَّر استيفاؤه منه، فجاز أن يتوصَّل إليه بنفسه** كما لو كان علىٰ رجلٍ دينٌ لا يقدر علىٰ أَخْذِه منه، فإن لم يجد مَن يشهد، أنفق، وفي الرجوع وجهان؛ أحدهما: لا يرجع؛ لما ذكرنا فيه، والثاني: يرجع؛ لأن تَرْك الجمال مع العلم أنه لا بد لها من العلف، **إذنٌ في الإنفاق**.

مغني المحتاج، ج٢ ص٣٥٨:

أَفهم كلام المصنف أنه متىٰ اتفق [المستأجر علىٰ الجمال] بغير إذن الحاكم، لم يرجع، ومحله إذا أمكن **فإذا لم يمكن** كأن لم يكن حاكم، **أو عسر إثبات الواقعة** عنده فأنفق وأشهد علىٰ ما أنفق ليرجع، رجع.

ج- وفي نفس الموضع:

والقول قول [مستأجر الجمال] في قدر ما أنفق إذا ادَّعىٰ نفقة مثله في العادة؛ **لأنه أمين**.

وفي ص٣٣١:

متىٰ أنفق وأشهد ثم اختلف المالك والعامل في **قدر** النفقة؛ ففي المصدق

منها احتمالان للإمام؛ رجَّح السبكي منهما [تصديق] **قول المالك**، ولم يصرِّح الشيخانِ [النووي، والرافعي] بالمسألة، وكلامهما في هرب الجمال يقتضي **تصديق العامل**؛ فإنهما رجَّحا قَبولَ قولِ الجمال، وعلَّلَاه بأنَّ المنفِق لم **يستند إلىٰ ائتمان من جهة** الحاكم، فيكون هنا كذلك(١).

١١٩- بيع الدائن مال مدينه لاقتضاء دينه:

أشرنا إلىٰ أن للدائن إذا امتنع مدينه عن وفاء الدين ولو أمكن جبره بالحاكم، أن يستقلَّ بأَخْذِ جنسِ حقِّه وقدره من مال مدينه، متىٰ ظفر به.

فإن لم يظفر من مال مدينه إلَّا بغير جنس حقِّه؛ مثل أن يكون حقُّه نقدًا، فيظفر بعوض لمدينه، فإن له أن يبيعه حقَّه، ثم يأخذ من الثمن دينه، وما بقي يردُّه علىٰ المدين.

والمبرر لهذا وإن كان فيه تصرف عن الغير بدون الولاية والوكالة، اضطرارُ الدائن وحاجته إلىٰ الوصول إلىٰ حقه، وعدم إمكان ذلك بدون هذا التصرف؛ لأن المدين ممتنع عن الوفاء، والرفع إلىٰ الحاكم يكلف الدائن مشقَّة أو خسارة لم يدخل عليها؛ فلهذا منحه المذهب الشافعي الولاية علىٰ هذا التصرف عن الغير.

وما دام يتصرف بالولاية، فحُكمُه حكم الأمين، وهو من يتصرف بإذن التصرف عنه، أو وليه، فلا يبيعها من نفسه ولا يبيعها بالغبن، وطرد القياس يقتضي ألَّا يسأل عن تلفها لو تلفت؛ لأن يده عليها يد أمانة. وهذا ما يراه بعض الفقهاء الشافعيين؛ إلَّا أنَّ بعضهم يرىٰ -وقيل: إنه الأصح في المذهب- أن يضمن التلف في حدود دينه، فيعتبر كأنَّه استوفاه، أمَّا ما زاد علىٰ الدين فلا يضمنه.

---

(١) في (أ) التحفة، ج٦ ص١١٩، الإقناع ج٢ ص٦٩، الرملي ج٥ ص٢٥٦، الشبراملسي، ج٥ ص٢٥٧.
وفي (ب) الأم ج٣ ص٢٦٠، التحفة ج٦ ص١٩٦، الرملي ج٥ ص٣٢١، الشبراملسي ج٥ ص٣٢٢.
وقد قاس عليه ابن حجر (ج٣ ص١٥٦) المستأجر يعمر الموقوف الذي استأجره عند عدم الناظر والحاكم أو غيبتهما فيكون له الرجوع إذا أشهد، ومع ذلك انظر فيه (ج٣ ص٢٤٧).
وفي (ج) الأم ج٣ ص٢٦٠، التحفة والشرواني ج٦ ص١٢٠، الرملي ج٥ ص٢٥٧.

١٢٠- نصوص:

المهذب، ج٢ ص٣١٧-٣١٨:

ومن وجب له حق علىٰ رجل **إن كان ممتنعًا من أدائه،** فإن لم يَقدِر علىٰ أخذه بالحاكم، فله أن يأخذه من ماله؛ لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**». وفي منعه مِن أَخْذِ ماله في هذه الحال **إضرارٌ به،** وإن كان يقدر علىٰ أخذه بالحاكم؛ بأن تكون له عليه بينة، ففيه وجهان؛ أحدهما: أنه لا يجوز أن يأخذه، والثاني **وهو المذهب**: أنه يجوز؛ لأن هندًا قالت: «يا رسول الله، إنَّ أبا سفيانَ رجلٌ شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي، إلَّا ما آخُذُه سِرًّا، فقال عليه السلام: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف». **فأذن لها مع القدرة** علىٰ الأخذ بالحاكم، ولأن عليه **في المحاكمة مشقَّةً،** فأجاز له أخذُه، فإن كان الذي قدر عليه من غير جنس حقِّه، فلا يجوز أن يتملَّكه، ولكن **يبيعه** ويصرف ثمنَه في حقِّه. وفي كيفية البيع وجهان الثاني-وهو المذهب- أنه يبيع المال بنفسه؛ لأنه يتعذَّر عليه أن يثبت الحقُّ عند الحاكم، وأنه ممتنع من بيعه فملك بيعه بنفسه، فإن تلفت العين قبل البيع ففيه وَجهان؛ أحدهما: أنها تتلف من ضمان من عليه الحق ولا يسقط دينه؛ لأنها محبوسة لاستيفاء حقِّه منها، فكان هلاكها من ضمان المالك كالرهن. والوجه الثاني: أنها تتلف من ضمان صاحب الحق؛ لأنه أَخَذَها بغير إذن المالك، فتلفت من ضمانه، بخلاف الرهن؛ فإنه أخذه بإذن المالك فتلف من ضمانه.

مغني المحتاج، ج٤ ص٤٦١:

امتناع مَن عليه الحقُّ يسلطه علىٰ البيع كما يسلطه علىٰ الأخذ، فإذا باعه فليبعه بنقد البلد [ويضمنه] بالأكثر من قيمته من حين أخذه إلىٰ حين تلفه . . . ؛ لأنه أخذه بغير إذن المالك لغرض نفسه والثاني: لا يضمنه من غير تفريط؛ لأنه أخذه للتوثق والتوصل إلىٰ الحق كالمرتهن وإن لم

يظفر إلَّا بمتاعٍ تزيد قيمتُه علىٰ حقِّه، أخذه ولا يضمن الزيادة؛ لأنه لم يأخذها بحقه، بخلاف قدر حقه[1].

١٢١- الدعوىٰ عن المدين:

في المذهب الشافعي - كغيره- لا تجوز الدعوىٰ عن الغير بدون وكالة منه أو ولاية عليه، ولا يستثنىٰ من هذه القاعدة أن يكون المدعي دائنًا يريد إثبات حقٍّ لمدينه؛ ليصل بعد الحكم به للمدين إلىٰ التنفيذ عليه، واقتضاء دينه منه؛ سواءٌ كان المدين الذي ترك الدعوىٰ لنفسه حاضرًا أم غائبًا، حيًّا أم ميتًا، قادرًا علىٰ رفع الدعوىٰ بنفسه أو بوليِّه، أم عاجزًا عن ذلك، وسواء كان تركه للدعوىٰ لعذر أم كان لكسل أو سُوءِ نيَّة؛ ففي هذا التطبيق أيضًا -كما نرىٰ- لم تسمح الضرورة للشخص أن يتصرف عن غيره.

وهذه هي الفكرة التي سادت المذهب، علىٰ أنَّا نراه يحاول التخفف منها في فتاوىٰ بعض فقهائه المتأخرين كابن الصلاح والسبكي، فأجيز لدائن الميت أن يدَّعي عنه لإثبات حقٍّ له في عينٍ بيد آخر ينكر هذا الحق، ولكن لا يجوز أن يدَّعي عنه لإثبات دينٍ له علىٰ الغير.

ثم لم يقف عند هذا؛ بل تابع التطور فأجاز بعضُ فقهائه المتأخرين؛ كابن الأستاذ، وابن أبي زرعة وغيرهم، أجازوا أن يدعي الدائن عن مدينه الحيِّ إذا غاب، أو الميت إذا أهمل الوارث أو تكاسَلَ؛ سواءٌ كانت الدعوىٰ في عينٍ أو دين، ولكن هذه الخطوة الأخيرة لم يُكتب لها السيادة، فلم تَحُزِ القبولَ عند متأخِّري الفقهاء الشافعيين.

ومن الطريف، أنَّ الذين أجازوا دعوىٰ الدائن عن مدينه في الدين قد استأنسوا بالقول الضعيف في المذهب؛ أن غريم الغريم في مسألة استقلال الدائن بأخذ دينه، يكون غريمًا، فيكون للدائن أن يأخذ دين مدينه منه، كما كان له أن

---

(١) الأم ج٢ ص٩٢، الوجيز ج٢ ص٢٦٠، فتح الوهاب ج٢ ص٢٢٨، الرملي ج٢ ص٣١٨، الشبراملسي ج٥ ص١٨١.

يأخذ مال المدين ليصل إلىٰ اقتضاء دينه، وقد رأينا في التطبيقين السابقين -أعني التنفيذ عن المدين والبيع عليه- أثرَ هذه الفكرة (فكرة استقلال الدائن بأخذ دينه)، وها نحن نرىٰ أثرها هنا أيضًا.

١٢٢- نصوص:

مغني المحتاج، ج٤ ص٤٤٥:

وفي غير [الميراث] الحق لأشخاص، **فلا يدعي ويقيم البينة لهم من** غير إذنٍ ولا ولاية.

الأم، ج٦ ص٢٧٨:

ولو مات رجل وقد أقام في حياته شاهدًا له بحق ولـه غرماء، فقيل لورثته: احلفوا واستحقوا، فأبوا أن يحلفوا؛ بطل حقُّهم، ولم يكن **للغرماء أن يحلفوا ...**، وليس الغريم والموصىٰ له من معنىٰ الوارث بسبيل، **لا** هم الذين لهم أصل الحق فيكونوا المقضي لهم باليمين مع الشاهد، ولا الذين حكم الله لهم بالميراث فيكونوا في معنىٰ صاحب الحق إن حق الغريم في مال الميت جملة لا في ماله الذي يحلف عليه؛ ولذلك لو ظهر له مالٌ سوىٰ ماله الذي يقال للغريم: احلف عليه، كان للورثة أن يعطوه من المال الظاهر الذي لم يحلف عليه.

وفي ج٣ ص٢٤٤:

ولو أراد **المكتري** أن يكون خصمًا للغاصب، لم يكن خصمًا إلَّا بوكالة ربِّ الدار؛ وذلك أن الخصومة للغاصب إنما تكون في رقبة الدار، فلا يكون **خصمًا في الدار إلَّا ربُّ الدار أو وكيل لرب الدار.**

ابن الصلاح، ورقة ١١٠/ظ:

رجل أثبت **دينًا** علىٰ امرأة ميتة، وادَّعىٰ علىٰ زوجها أنَّ لها عليه مهرًا **ولم يَدَّعِ ذلك وارثُها** لا تُسمع دعواه، فإنه يدَّعي حقًّا لغيره غير منتقل إليه، وغايتُه **أنه إذا ثبت له فيه تعلُّقٌ** من غير أن يثبت حقٌّ له في عينه، **وذلك لا يوجب**

صحة الدعوىٰ، **كما لو ادَّعت الزوجة دينًا** لزوجها، فإنها لا تسمع، وإن كان **لو ثبت لَتعلَّق لها به حقُّ النفقة**، وقد تقرَّر **لهذا**. . . أن الصحيح أنَّ غرماء الميت لا يحلفون مع الشاهد الواحد عند النكول.

ب- ابن حجر ج٣ ص٣٧٤-٣٧٧:

صرَّح **ابن السبكي كابن الصلاح**، بأنَّ للدائن المطالبةَ **بحقوق** الميت؛ أي بأعيان مالِه لا بديونه قال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري: وهذا لا يخالف قولهم: ليس للدائن أن يدَّعي علىٰ مَن عليه دينٌ لغريمه **الغائب أو الميت، وإن قلنا: غريم الغريم غريم؛ أي بالنسبة لجواز الظَّفَر بماله** بشرطه، للفرق بين العين والدين. اهـ . . . والفرق هو أنه بالموت **يتعلق الحق بأعيان ماله؛** لرهنها به شرعًا، بخلاف الدين وبخلاف الغريم الحيِّ حاضرًا كان أو غائبًا؛ لأنَّ مال دائنهما لا يتعلَّق بمالهما علىٰ الغريم أو عنده إلَّا بعد ثبوته، وعلىٰ تسليم أنه يتعلق به قبله؛ نظرًا إلىٰ أنَّ العبرة في ذلك بما في نفس الأمر، فهو تعلُّقٌ تقديري، وهو أضعفُ من ذلك التعلق السابق في الميت، فإن قلت: غاية ذلك التعلق أنه تصير الأعيان مرهونة كما تقرر، فيكون الغريم كالمرتهن، والمقرَّر فيه أنه لا يخاصم، وإن امتنع الراهن من الخصام إلَّا لعُذرٍ؟ قلت: **طلب المسارعة إلىٰ براءة ذِمَّة** الميت، اقتضت أن يوسع في طرقها بتمكين كلٍّ من الوارث والوصي والدائن من المطالبة بحقوقه فإن قلت: هذه العِلَّة تقتضي أنَّ الدين كالعين في ذلك؟ قلت: **الدين لمَّا كان أمرًا تقديريًّا ضعف عن أن يلحق بالعين، فلم تتحقَّق الحاجة في الطلب به حتىٰ يسوغ تجويزه علىٰ خلاف القاعدة، علىٰ أنَّ ابن الأستاذ** رَحِمَهُ اللَّهُ نظر لذلك **فألحقه بالعين،** فجوَّز للغريم الطلب أيضًا **إذا أعرض الوارث أو تكاسل،** وورد علىٰ ابن الصلاح ما مرَّ عنه أولًا في الدين[1]، فقال -عقبه-: بل تسمع دعواه إذا أعرض الوارث أو تكاسل، ولا يمنع ذلك كونه لا ينتقل إليه بعينه، فإن جميع ما يخلفه الميت بهذه المثابة، ولا يتعين وفاء دين

(١) راجع نص ابن الصلاح في (أ).

الميت من عين معيَّنة ولا دين وقياسه علىٰ الزوجة الكلام فيه أيضًا كذلك إذا كان لها عليه **حقٌّ ثابت**، ولو صدق المدعىٰ عليه -والحالة هذه- وجب الدفع لإيفاء دينه، وتمسك ابن الأستاذ بقول الإمام رحمه الله **إذا أعرض** [الراهن].. **فللمرتهن الخصام** عند المحقِّقين. قال: وفي **التهذيب**، إذا كان له دين في ذمَّة شخص، فلا دعوىٰ له علىٰ غريمه، فإن **مات أو حجر عليه**، سمعت الدعوىٰ عليه حينئذٍ، قال: ونقل الإمام رحمه الله عن **والده** أن لغرماء المدين **الميت والمفلس**، الابتداء بالدعوىٰ. ونقل الأصحاب رضي الله عنهم محمول علىٰ ما إذا **وقع التكاسل من الوارث والمفلس**، قال: وقد أجاب **ابن الصلاح** في موضع آخر بالسماع. اهـ. وليس كما قال، وإن أقرَّه جمعٌ. ولا تمسك له فيما نقله عن الإمام وابنه والبغوي رحمه الله؛ لأنها مقالات مخالفة لصرائح كلام الشيخين رحمهما الله وغيرهما؛ أن المرتهن لا يخاصم **وإن أعرض** الراهن، وأن الدائن لا يدعي ولو بعد الموت أو الحجر وإن أعرض الوارث. ووقع **لأبي زرعة** رحمه الله أنه أفتىٰ بنحو ما مَرَّ عن ابن الأستاذ فقال: تُسمع الدعوىٰ علىٰ غريم الغريم، ولا يقال: فقد قالوا بجواز الظفر من مال غريم الغريم ولا تسمع الدعوىٰ عليه؛ لأن ذلك مع حضور الغريم، أمَّا إذا **غاب وثبت حق صاحب الدين** فرفع غريمه ليستوفي منه الدين، فلا مانعَ منه لا سيَّما إذا تعيَّن ذلك طريقًا لوفائه والمدعي لا يأخذه بيده وإنما الحاكم يقبضه بنفسه أو نائبه، ثم يقبضه الدائن. اهـ. وهذا أيضًا فيه نظر، **وإطلاقهم** يردُّه؛ فالمعتمد ما قدمته من عدم سماع **دعوىٰ** غريم **الحي مطلقًا**، وكذا غريم الميت في **الدين** ... حكىٰ في الجواهر وجهين - فيما **إذا لم يكن للميت وارث**- أحدهما: أن الغريم يدعي **ويحلف**، والذي يتَّجه ترجيحُه، ما مرَّ في هذه الصورة أيضًا؛ أعني أنه لا يحلف ولا يدَّعي في الدين، بخلاف العين.

الفرع الثاني

الفكرة العامة

١ - لا وجود لقاعدة عامة

١٢٣- بمراجعة التطبيقات السابقة، نرىٰ المجال يتهيَّأ لوجود ضرورة التصرف عن الغير؛ فمثلًا: لا يُجبَر الشريك -في المذهب- علىٰ الاستجابة للشريك إذا دعاه للعمل علىٰ حفظ المال المشترك بينهما، وكذا حكمُ مالكِ السفلِ مع مالك العلو، ومالك الحائط مع من له حق وضع الخشب عليه.

ومثل هذا يقال في الذي احتبس ملك غيره في دين له؛ فإنه لا يجبر علىٰ أداء الدين قبل حلوله، ليتخلص الملك المحتبس.

ومثله يقال في الراهن؛ لا يجبر علىٰ غير ما وجب عليه بالعقد مما فيه حفظ للرهن وحمايته؛ ليبقىٰ وثيقة بالدين المرهون به.

ومعنىٰ عدم الإجبار، أنه لا يحكم عليه به في حضوره، ولا يأمر القاضي بإجرائه علىٰ حسابه في غيابه، فلا يكون أمام ذي المصلحة من شريك أو صاحب علو أو مرتهن أو نحوهم، إلَّا الاستقلال بالعمل وإن تحمَّل نفقة أو خسارة. وقد رأينا في المذاهب الأخرىٰ، أنَّ هذه الضرورة برَّرت أن يعطي من يريد التصرف النافع الولاية عليه؛ لئلَّا يُضار بضياع جهدِه وخسارة ماله، مع رعاية جانب المتصرف عنه؛ حيث يراعي ألَّا تكون حماية المتصرف علىٰ حسابه علىٰ نحو ما عرَفنا، ولكن المذهب الشافعي لم يذهب هذا المذهب، فبقي صارمًا في تطبيق قاعدة الأصل، أنَّ أحدًا لا يتصرف عن غيره إلَّا بالولاية أو الوكالة، «ورأىٰ تبعًا لذلك، أن المتصرف من شريك ونحوه حين يستقلُّ بالتصرف، يُعتبر متبرعًا،

ولا يستحق الرجوع بشيءٍ علىٰ من انتفع بتصرفه. وهذا بالرغم من عدم وجود قاعدة بديلة لقاعدة الضرورة في المذهب؛ كقاعدة «قضاء الواجب عن الغير» في المذهب الحنبلي، و«قاعدة المنفعة» في المذهب المالكي؛ هاتان القاعدتان اللَّتَانِ كان لهما دور في تقليل الفرض أمام قاعدة الضرورة في هذين المذهبين.

وصرامة المذهب الشافعي في تطبيق قاعدة الأصل، سنلاحظه أيضًا في مجال التصرفات عن الغير التي تدفع إليها منفعة المتصرف عنه، ونلاحظ أثرها أيضًا في التصرف عن الغير بالولاية أو الوكالة.

٢ - استثناءات

١٢٤- المذهب الشافعي يرىٰ أن للدائن أن يستقلَّ باقتضاء دينه، ويتوسع في تطبيق هذا الحكم علىٰ نحو -ربما- لا نرىٰ له مثيلًا في المذاهب الأخرىٰ.

وكنتيجةٍ لهذا التوسع، سلم بحق الدائن في تنفيذ ما وجب علىٰ مدينه علىٰ حساب هذا الأخير في بعض الحالات التي أشرنا إليها، ويبدو أنه يمكن تطبيق هذا الحكم كلَّما (١) وجب لشخصٍ دينٌ علىٰ آخَرَ (٢) لا يقتضي تنفيذه تدخل المدين شخصيًّا (٣) وقضت مصلحة الدائن بالاستعجال في تنفيذه (٤) ولم يمكن للدائن -بيسر وبدون خسارة مال- أن يأخذ الترخيص في التنفيذ من القضاء.

ومن جهة أخرىٰ، أجاز المذهب الشافعي للدائن الذي أُعطي الحقَّ في الاستقلال بأخذ دينه، إذا لم يتمكن من الحصول من مال مدينه علىٰ جنس حقه، أن يتصرف فيما أخذه من غير جنس حقه بالبيع ليحوله إلىٰ مال جنس حقه، ثم يقتضي منه دينه.

ومن جهة ثالثة ثار الجدل، هل يعتبر مدين المدين بالنسبة للدائن كالمدين، فيجوز له أن يستقل بأخذ دينه منه؟ بعبارة أخرىٰ، هل يعتبر مدين المدين مدينًا للدائن في شأن الاستقلال بأخذ دينه؟ وجد في المذهب قول بذلك، ثم وجد قول بأن مدين المدين كما يعتبر مدينًا للدائن في هذا، يعتبر مدينًا له بالنسبة لجواز اختصامه، فأجاز بعض متأخري الشافعية للدائن أن يدعي عن مدينه في مواجهة من عليهم حق للمدين، ولكن المذهب في جملته قد تردَّد في الأخذ بهذه الفكرة،

ونلاحظ هنا كما لاحظناه بالنسبة للمذهب الحنبلي، أن هذه الفكرة لم تتَّضح تمامًا عند من يقول بها، وكل ما يُستطاع قوله هنا، أن ظاهر النصوص اشتراط عدم قيام المدين نفسه بالدعوىٰ؛ لغيبته، أو لعجزه، أو لإهماله، أو لسُوء نيَّته، وأن يحتاج الدائن لإقامتها للوصول إلىٰ حقِّه. فلو قام المدين نفسُه بالدعوىٰ، أو كان لدينه من المال ما بقي بدينه، لَمَا كان للدائن الحقُّ في أن يرفع الدعوىٰ عنه.

٣ - خاتمة

١٢٥- لقد حاولنا في المذهبين الحنفي والمالكي أن نتلمس الخطوط العريضة للضرورة كقاعدةٍ شاملة التطبيق، أمَّا في المذهب الشافعي -كما نرىٰ- فلا سبيل للقول بوجود قاعدةٍ للضرورة، فسيطرة قاعدة النسبية في آثار التصرف في هذا المذهب، لا ينتظر أن تخلي مجالًا من مجالاتها لقاعدةٍ أخرىٰ، ولو كانت هذه القاعدة «قاعدةَ الضرورة».

الفصل الخامس

مقارنة وتعقيب

الفرع الأول
مقارنة المذاهب الأربعة

١٢٦- في التصرف عن الغير الذي تدفع إليه مصلحة المتصرف، حاولنا بقدر الإمكان أن ندرس تطبيقاتٍ متماثلةً في المذاهب المختلفة؛ لنرىٰ كيف تواجهها هذه المذاهب؟ وكيف تختلف طريقة التفكير الفقهي فيها؟ ولم نغفل المقارنة والمقابلة بينها كلَّما دَعَتِ الحاجة. ولكي تتَّضح الصورة أكثرَ، نجمع بين هذه المذاهب -في هذا الفصل- للمقارنة، وبحث الفروق بينها. ونقارن بينها -من الناحية الإجمالية- من حيث وجودُ قاعدةٍ عامَّة لهذا التصرف، ومن ناحية تفصيلية نقارن بين أحكامها علىٰ التصرفات المختلفة (الفعلية والقولية).

١٢٧- القاعدة العامة:

يرىٰ المذهب الحنفي أنَّ ضرورة المتصرِّف وحاجته لرعاية مصلحته، تُبرر تصرُّفَه عن الغير -علىٰ نحو ما فصَّلنا- وكذلك يرىٰ المذهب المالكي. وتقوم بذلك -في هذين المذهبين- قاعدة عامة إلىٰ جانب «قاعدة الأصل»، أنه لا يجوز التصرف عن الغير، وقاعدتي الولاية والوكالة. أمَّا المذهب الحنبلي؛ فقد استغنىٰ عن هذه القاعدةِ بقاعدةٍ بديلة؛ ذلك أنه في أغلب الأحوال حينما تستدعي حاجة المتصرف تصرُّفَه عن الغير، فإنه قبل ذلك يضع علىٰ الغير واجبًا في أن يقوم بهذا التصرف بنفسه، وحينئذٍ تدخل المسألة نطاق قاعدة «أن للشخص أن يقضي ما وجب علىٰ غيره».

فتصل إلىٰ حَلٍّ يقارب الحلَّ الذي تصل إليه بقاعدة الضرورة، أنَّ المسألة هي الولاية علىٰ التصرف عن الغير التي يمنحها المشرع، وهذه الولاية هي التي تتأثر بها أحكامُ التصرُّفِ أو آثاره، وهذه الولاية كما تؤسِّس علىٰ قاعدة الضرورة -في المذهبين السابقين- تؤسَّس علىٰ «قاعدة قضاء الواجب عن الغير» في المذهب الأخير.

أمَّا المذهب الشافعي؛ فلا يمنح الشخص الولاية علىٰ التصرف عن غيره إلَّا في أحوال استثنائية وقليلة، مهما اضطر الشخص للتصرف عن غيره، ومهما توقفت عن ذلك رعاية مصلحته وحِفظُ حقوقه؛ فإن مركزه كأجنبيٍّ عن الغير لا يتغير، فلا تكون له الولاية علىٰ التصرف عنه، فإذا تصرف عنه اعتبر تصرفه كما لو صدر من أيِّ شخصٍ آخَرَ لا تدعو الضرورة أو الحاجة إلىٰ تصرفه عن غيره.

١٢٨- الرجوع بعوض الفعل النافع:

في الفقه الإسلامي، الفعل النافع بمجرده لا ينشئ التزامًا في جانب المنتفع، فلا وجود لقاعدة كتلك القاعدة التي يأخذ بها الفقه العربي الحديث، والتي تنصُّ علىٰ أنَّ «كل شخص ولو غير مميِّز يثري دون سبب مشروع علىٰ حساب شخصٍ آخَرَ، يلتزم في حدود ما أثرىٰ به بتعويض هذا الشخص عمَّا لحقه من خسارة»[(١)]، فالأصل في الفقه الإسلامي أنَّ مَن تصرَّف تصرفًا نافعًا استفاد منه الغير، فإن المتصرف يعتبر متبرعًا بما خسره في هذا التصرف من كل ما له قيمة مالية من جهده أو نفقته؛ ذلك لأنه لا ولايةَ له علىٰ هذا التصرف، فليس له أن يرتب علىٰ غيره حقًّا لم يكن عليه. وفي المذاهب التي تأخذ بقاعدة الضرورة، يكون للشخص الذي تصرف عن غيره تصرفًا نافعًا في حدود هذه القاعدة - الولاية علىٰ هذا التصرف فيكون له أن يرجع عليه بعوض التصرف النافع؛ فإن كان التصرف عملًا، رجع بأجرة المثل، أو كان نفقةً رجع بقَدْرِها، ولكن رجوعه

---

(١) المادة: ١٧٩، من التقنين المدني المصري.

يكون في رقبة المال موضوع التصرف لا في ذمة المتصرف عنه؛ لأن ولايته عن التصرف محدودة؛ بأن لا تضرَّ المتصرف عنه، فرجوعه في الذمة ينشأ عنه -في بعض الأحيان- أن يرجع بأكثر مما استفاد المتصرف عنه، وذلك ضرر للمتصرف عنه.

ولما كان الرجوع في الرقبة، فللدائن أن يحتبسها فيما يجب له الرجوع به.

أما في قضاء الدين؛ فإن الرجوع يكون في الذمة، ويكون بقدر ما خسره المتصرف في حدود ما استفاد المتصرف عنه.

أمَّا في المذهب الحنبلي؛ فالرجوع بعوض الفعل النافع -حيث يكون للمتصرف الولاية عليه- يؤسَّس علىٰ قاعدة قضاء الواجب عن الغير، فيرجع المتصرف في ذمة المتصرف عنه، لا في رقبة المال موضوع التصرف -وإن كانت النصوص تتردد في هذا الشأن- ولما كان الرجوع في الذمة، فليس لمن له الرجوع أن يحبس المال الذي انتفع بالتصرف، فيما وجب له علىٰ صاحبه.

وفي المذهب الشافعي: مَن تصرف عن الغير؛ عمل في ماله، أو أنفق عليه، أو قضىٰ دين الغير، لم يكن له أن يرجع بعوض ذلك؛ سواء اقتضت ذلك رعاية مصلحته أم لا.

١٢٩- العقد عن الغير:

لا يتردَّد الفقه المالكي في الحكم بأن الضرورة تبرِّر أن يتصرف الشخص عن غيره تصرفًا قوليًّا، ولو كان هذا التصرف القولي عقدًا، وقد رأينا لذلك بعض الأمثلة عند دراسة التطبيقات.

أمَّا المذهب الحنفي؛ فلم يسلم بذلك، وحين سلم -استثناءً- بحق الشريك في إيجار الملك المشترك، وفي بيع الثمار المشتركة وقف في منتصف الطريق؛ فأجاز في المسألة الأخيرة للشريك الذي وقع البيع عنه، أن يرجع علىٰ البائع بقيمة الثمار المتصرف فيها، وقد كان المنطق يقضي بأن العقد ما دام قد وقع صحيحًا، أنه ينفذ في حق المعقود عنه، فلا يكون له إلَّا الثمن. والظاهر أن

المذهب الحنفي وجد في قاعدة وقف العقود ما يَفِي بالحاجة العملية التي تقتضي التصرف عن الغير لمصلحة المتصرف، أو المتصرف له.

ويبدو أنَّ المذهب الحنبلي لا يُجيز العقد عن الغير وإن دعت إلىٰ ذلك مصلحةُ العاقد.

أمَّا المذهب الشافعي فقد أجازه -استثناء- في صورة بيع الدائن لما ظفر به من مال مدينه من غير جنس حقِّه.

١٣٠- الدعوىٰ عن الغير:

في المذهب الحنفي، تجوز دعوىٰ الشريك في المال المشترك، ويفيد من الحكم سائر الشركاء، وفي هذا المذهب يجوز للحاضر أن يدَّعي للغائب إذا ما كان يدعي به للغائب سببًا لما يدَّعي به لنفسه، أو شرطًا له - علىٰ الخلاف.

ولكنَّه لا يُجيز للدائن أن يدعي عن مدينه، وإن كان ذلك تدعو إليه مصلحته في حماية أموال المدين التي هي ضمان لدينه، فهذا التصرف لا يدخل مجال قاعدة الضرورة فيه.

أمَّا المذهب المالكي؛ فيُجيز الدعوىٰ عن الغير كلَّما دَعَتْ إلىٰ ذلك حاجة المتصرِّف لحِفظ حقوقه. وتطبيقًا لهذا، يجوز للدائن أن يدَّعي عن مدينه إذا ترك الدعوىٰ لنفسه عجزًا أو إهمالًا علىٰ نحو ما فصَّلناه.

وفي المذهب الحنبلي، تجوز الدعوىٰ عن الغائب والحكم له تبعًا للدعوىٰ عن الحاضر والحكم له، فدعواه في الملك المشترك يستفيد منها الشركاء، وهذا تطبيقٌ لقاعدةٍ عامَّة في الدعوىٰ في هذا المذهب؛ «أنَّ القضية الواحدة المشتملة علىٰ عدد أو أعيان الحكم فيها لواحد أو عليه، يعمه وغيره».

وفي هذا المذهب يجوز للدائن أن يدَّعي عن مدينه بحقوقه؛ سواءٌ كانت حقًّا في عينٍ أو في دين، وظاهرُ النصوص يقيِّد ذلك بأن تدعو إليها حاجةُ الدائن، فيكون المبرِّر لها كالمبرر في المذهب المالكي «ضرورة المتصرف».

وفي المذهب الشافعي، يستفيد الشركاء من دعوىٰ أحدهم والحكم له في الملك المشترك، ولكن هذا المذهب لا يرىٰ أن للشخص -ولو اضطر- أن يدعي عن غيره، فليس للمرتهن ولا للمستأجر أن يثبت ملك الراهن والمؤجر، وليس للدائن أن يدعي لمدينه فيثبت حقه في الدين أو العين، علىٰ أنه وجدت آراء في المذهب الشافعي تُجيز أن يدعي الدائن عن مدينه؛ حِفظًا لحقِّه، وحمايةً لضمانه علىٰ تفصيلٍ سبق بيانُه.

الفرع الثاني

مقارنة بالفقه العربي الحديث

١٣١- تمهيد:

لو أخذنا التطبيقات السابقة التي اعتدنا أن نتَّخذها مقاييسَ للتفكير الفقهي في المذاهب المختلفة في شأن التصرف عن الغير، لو أخذنا هذه التطبيقات هنا، لوجدنا أن الفقه العربي الحديث يواجهها بأكثر من نظام؛ فهو يجيز التصرف عن الغير الذي تدعو إليه حاجة المتصرف كالفقه الإسلامي، ولكن يؤسس هذا الجواز علىٰ قواعد تختلف أحيانًا عن تلك التي يؤسَّس عليها الفقه الإسلامي علىٰ نحو ما سنرىٰ.

١٣٢- الملكية الشائعة:

تنص المادة ٨٣٠ من التقنين المدني المصري علىٰ أن: «لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء». وتنص المادة ٣١ علىٰ أن: «نفقات إدارة المال الشائع وحفظه، والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع، أو المقرر علىٰ المال، يتحمَّلها جميع الشركاء كلٌّ بقدر حصته ما لم يوجد نصٌّ يقضي بغير ذلك»، ولهاتين المادتين مما يقابلهما في التقنينات العربية الأخرىٰ[(١)]

فالفقه العربي الحديث يفرض التزامًا علىٰ عاتق الشريك بالإسهام في إصلاح المال المشترك، ويمنع الشريك أن يقوم بما يجب علىٰ الشريك من ذلك عند امتناعه، علىٰ أن يرجع عليه.

وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «أن الشريك في هذا فضولي يتصرف في حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون علىٰ عمله»[(٢)]

---

(١) انظر -مثلًا- م٧٥٨-٧٨٦ سوري و١٠٦٦ و١٠٦٧ عراقي و٨٣٢ و٨٣٣/ لبناني (تقنين الموجبات والعقود) والمادة ٢٢ من تقنين الملكية العقارية اللبناني.

(٢) الأعمال التحضيرية ج٦ ص٩٥، ويرىٰ بعض الفقهاء المصريين أنه ما دام أن القانون أجاز للشريك صراحة القيام بأعمال الحفظ، فهو نائب إذًا عن شركائه نيابة قانونية. (كامل موسىٰ) الحقوق العينية الأصلية ج٢ ص١٦١.

وقد ذهب القضاء اللبناني هذا المذهب[1].

وهذا التفسير يستقيم علىٰ ضوء المادة ١٨٩ من التقنين المدني المصري، ونصُّها: «تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء تولِّيه شأنًا لنفسه، قد تولَّىٰ شأن غيره؛ لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيامُ بأحدهما منفصلًا عن الآخَرِ»[2].

أمَّا في القانون العراقي، حيث لم ينظم المشرِّع الفضالة، فإن عمل الشريك في حفظ العين وصيانتها -كما يرىٰ بعض الفقهاء العراقيين[3]- يؤسس علىٰ الوكالة الضمنية.

وقد كانت المادة ٨٣٠/ مدني مصري في المشروع التمهيدي تنص علىٰ أنَّ للشريك أن يتخلص مما وجب عليه من النفقة علىٰ الملك المشترك إذا تخلَّىٰ عن حِصَّته في المال الشائع، ثم حذف هذا النص استغناء بالقواعد العامة؛ ذلك أن فكرة التخلي من التزام يتعلَّق بعين من الأعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق[4]، ولكن حذف النصف لا يعني إلغاءه.

وبين المذاهب الإسلامية المذهب الحنبلي، يحكم بأنَّ كلَّ شريكٍ مُلزَم بنفقات حفظ المال المشترك وصيانته، ويمنع الشريك حق الاستقلال بالنفقة علىٰ الحفظ والصيانة، ثم يمنحه الرجوع علىٰ شركائه بمقدار ما أنفق تأسيسًا علىٰ

---

(١) زهدي يكن: شرح قانون الملكية العقارية ج١ ص١٨٧.

(٢) محمد علي عرفة: شرح القانون المدني الجديد، في حق الملكية، ج١ ص٣٩١، وتطابق هذه المادة المادة ١٩٠ مدني سوري، والمادة ١٥١ لبناني، وتنص المادة ٩٤٣ من تقنين الالتزامات والعقود المراكشي علىٰ أن:

Lorsque .... On gère Volontairment ou **par nécessité** les affaires d'autrul , en son absence ou à son insu, il se constitue un rapport de droit, analogue au mandat.

(٣) حسن الذنون: الحقوق العينية الأصلية، ص٧٤، وقارن: شاكر ناصر حيدر: الحقوق العينية العقارية، ج١، ص١٩٤.

(٤) الأعمال التحضيرية، ج٦، ص٩٢-٩٤. وانظر في الفقه العراقي:
حسن الذنون: الحقوق العينية الأصلية، ص٧٤-٧٥.

قاعدة «قضاء الواجب عن الغير»، ومن هنا نرىٰ مقدار تقاربه مع الفقه العربي الحديث، فهما يتشابهان في الحكم وفي تفسير الحكم.

أما في المذاهب الأخرىٰ، حيث يمنح الشريك حق الاستقلال بالنفقة علىٰ الحفظ والصيانة، ليرجع بعدُ علىٰ شركائه، فإن هذا الحكم يؤسَّس علىٰ قاعدة الضرورة، وقاعدة الضرورة في الفقه الإسلامي، ليست هي التي تقابل قاعدة الفضالة في الفقه العربي الحديث؛ بل يقابل هذه في الفقه الإسلامي قاعدة المنفعة كما سنعرف.

وفي هذه المذاهب، حيث يقال بالرجوع، يكون الرجوع في رقبة حصص الشركاء لا في ذممهم، وهذا الحكم يقرب في نتيجته من النتيجة التي يصل إليها الفقه العربي الحديث، بتطبيق مبدأ التخلص من الالتزام بالتخلي عن العين التي تعلق الالتزام بها.

١٣٣- ملكية الطبقات:

١- في مسألة العلو والسفل، تنص المادة ٨٥٩ من التقنين المدني المصري علىٰ أنه:

١- علىٰ صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.

٢- فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة.

وتنص المادة ٨٤٠ منه علىٰ أنه:

«١- إذا انهدم البناء، وجب علىٰ صاحب السفل أن يعيد بناء سفله، فإذا امتنع، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، إلَّا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل علىٰ نفقة صاحبه.

٢- وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنىٰ والانتفاع، حتىٰ يؤدي ما في ذمته، ويجوز له أيضًا أن يحصل علىٰ إذن في إيجار السفل أو سكناه؛ استيفاءً لحقِّه».

وتطابق هاتين المادتين المادتان ٨١٣ و٨١٤ من التقنين المدني السوري.

كما تنص المادة ١٠٨٥ من التقنين المدني العراقي علىٰ أنه:

«١- إذا انهدم السفل أو احتاج إلىٰ ترميم، فعلىٰ صاحبه بناؤه أو ترميمه، فإن امتنع وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة، فله الرجوع عليه بما أنفقه علىٰ العمارة بالقدر المعروف، وإن عمره بلا إذنه فليس له الرجوع إلَّا بالأقل من قيمتي البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع.

٢- ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتىٰ يوفيه حقَّه، وله أن يؤجر بإذنٍ من المحكمة ويستخلص حقَّه من أُجرته».

ومن هنا نرىٰ أن إصلاح السفل وبناءه ليقوم عليه العلو، التزامٌ يفرضه القانون علىٰ صاحب السفل، وتنطبق في تنفيذه القاعدة العامة في تنفيذ الالتزامات.

ومن بين المذاهب الإسلامية المذهب الحنبلي، يفرض علىٰ صاحب السفل؛ التزامًا بتجديد السفل أو ترميمه لحقِّ صاحب العلو، وتحكمه في المذهب القاعدة العامة في تنفيذ الالتزامات.

أمَّا المذهبان الشافعي والحنفي؛ فلا يفرضان علىٰ صاحب السفل مثلَ هذا الالتزام، فتحكم المسألة قاعدة الضرورة في المذهب الحنفي، فإذا قام صاحب العلو بإصلاح السفل أو تجديده، استحقَّ الرجوع علىٰ صاحب السفل علىٰ نحو ما قدَّمناه.

وفي المذهب المالكي، يفرض علىٰ صاحب السفل إمَّا أن يقوم بإصلاح سفله وتجديده، أو بيعه لمن يصلح، وهذا -كما نرىٰ- يشبه الحكم في الفقه العربي الحديث، إلَّا أنَّ هنا الالتزام تخييري بالنسبة لصاحب السفل.

بقىٰ أن نلاحظ أن التقنين المدني والعراقي، وقد استمد حكم المادة ١٠٨٥ من الفقه الحنفي، قد خالف هذا الفقه في هذه الجزئية، فهو يجعل لصاحب العلو الذي استقلَّ بالنفقة علىٰ السفل الرجوع علىٰ صاحبه بأقل القيمتين: قيمة البناء وقت العمارة، وقيمته وقت الرجوع. أمَّا الفقه الحنفي فيرىٰ أن له أن يرجع بقيمة البناء وقت العمارة، وسبب المخالفة فيما يبدو رغبة المشرع العراقي في أن ينسجم هذا الحكم مع القواعد العامة فيه.

ب - وفي مسألة الحائط المشترك:

تنص المادة ٨١٤/ ٢ من التقنين المدني المصري علىٰ أنه:

«إذا لم يَعُدِ الحائط المشترك صالحًا للغرض الذي خُصِّص له عادةً، فنفقةُ إصلاحِه أو تجديده علىٰ الشركاء، **كلٌّ بنسبة حصته فيه**».

وتنص المادة ١٠٨٧/ ٢ من التقنين المدني والعراقي علىٰ أنه: «إذا لم يعد الحائط المشترك صالحًا للغرض الذي خُصص له عادةً، فنفقةُ إصلاحه أو تجديده علىٰ الشريكين **مناصفة**».

كما تنص المادة ١٠٨٨/ ٢ منه علىٰ أنه:

«إذا انهدم الحائط المشترك وأراد أحدهما إعادة بنائه وأبىٰ الآخر، يجبر الآبي علىٰ البناء ويجوز لشريكه بإذنٍ من المحكمة أن يُعيد بناءه، ويرجع علىٰ الآبي بنصيبه من نفقات البناء.

نلاحظ الفرق في التزام الشريك في الحائط، فهو نسبة حصَّتِه في الحائط في النفقة في التقنين المصري السوري، وهو نصف النفقة في التقنين العراقي، وسبب المخالفة تأثر التقنين العراقي بالواقع العملي، فمن النادر أن تختلف في العراق حصص الشركاء في الحائط[١]، ولكن حكم التقنين المصري أكثرُ عدالةً وأقربُ إلىٰ المنطق السليم[٢]

---

(١) حسن الذنون: الحقوق العينية الأصلية، ص١٠٠.

(٢) حسن الذنون: الحقوق العينية الأصلية، ص١٠٠.

وعلىٰ كلٍّ، فإنَّ التزام الشريك في الحائط بالمشاركة في نفقة إصلاحه التزامٌ يفرضه القانون، وتحكم تنفيذه القواعد العامة في تنفيذ الالتزامات.

والتشريع العربي الحديث في هذا يشبه المذهب الحنبلي، فهو الآخر يرىٰ أن الشريك في الحائط يلتزم بالمشاركة في نفقة تجديده أو إصلاحه، وتحكم هذا الالتزام القواعد العامة في تنفيذ الالتزامات فيه.

وبخلاف المذهب الحنبلي في التشريع العربي الحديث لصاحب السفل، أن يتخلص من التزامه بالتخلي عن ملكية نصيبه في الحائط طبقًا للقاعدة العامة[١].

١٣٤- حق الارتفاق:

تنص المادة ١٠٢٢ من التقنين المدني المصري علىٰ أنه:

«١- نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حقِّ الارتفاق والمحافظة عليه، تكون علىٰ مالك العقار المرتفق مالم يشترط غير ذلك

٢- وإذا كانت الأعمال نافعة أيضًا لمالك العقار المرتفق به، كانت نفقة الصيانة علىٰ الطرفين، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة».

وتطابق هذه المادة المادة ٩٩٠ من التقنين المدني السوري، والمادة ١٢٧٧ من التقنين المدني العراقي.

ففي الفقه العربي الحديث هنا أيضًا، اشتراك مالك العقار المرتفق به في الصيانة التي تعود عليه منها فائدة التزام يفرضه القانون، فحُكمُه كحُكم سائر الالتزامات:

١٣٥- مالك الانتفاع:

تنص المادة ٢/٩٨٩ من التقنين المدني المصري علىٰ أن:

«... التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ

(١) محمد علي عرفة: شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية ج١ ص٣٢٩.

المنتفع، فإنها تكون **علىٰ المالك**، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك، فإن كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق، كان له استردادُ رأسِ المال عند انتهاء حقِّ الانتفاع».

وتنص المادة ٢/١٢٥٥ من التقنين العراقي علىٰ أن:

«. . التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع، فإنها تكون **علىٰ المالك بلا جبر عليه**، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي المالك فوائد ما أنفقه في ذلك، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. . ».

وبالرغم من اختلاف العبارة في التقنين، فالحكم واحدٌ؛ ففيهما مالك الرقبة لا يجبر علىٰ القيام بالنفقات غير المعتادة، والإصلاحات الجسيمة[1].

وفيهما حين يقوم المنتفع بها عن المالك، يرجع علىٰ المالك برأس المال عند انتهاء حق الانتفاع[2]

وهذا الحكم يقرب من حُكمِ الفقه الإسلامي؛ فقد قدمنا أن للمنتفع بالدار أن يبنيها إذا خربت، ولا يُعتبر متبرعًا، فإذا انقضت مدة السكنىٰ وأراد مالك رقبتها أن يأخذها، فإنه يرجع عليه بقيمتها.

وإذا فدىٰ العبد الموصىٰ له بخدمته من جناية ارتكبها وانتهت مدة الخدمة، رجع علىٰ مالك رقبته بفدائه، ويباع العبد في الفداء[3].

١٣٦- المرتهن:

تنص المادة ١٩٦٦ من التقنين المدني السوري علىٰ أنه:

«١- علىٰ الدائن أن يعتني بصيانة العقار المرهون، وبإجراء التصليحات المفيدة والضرورية له، علىٰ أن يتناول من الثمار جميع مصاريف الصيانة والتصليحات، أو أن يستوفيها بالأفضلية من ثمن العقار.

---

(١) المذكرة التوضيحية المصرية، الأعمال التحضيرية ج٦ ص٥٤١.

(٢) حسن الذنون، الحقوق العينية الأصلية، ص٣٣٦، والحكم كهذا في القانون السوري واللبناني، انظر: المادة ٩٥١/ب مدني سوري، والمادة ٤٧ لبناني (الملكية العقارية).

(٣) راجع الفقرة: ١٦ من هذا البحث.

٢- وله دائمًا أن يرفع هذه الالتزامات عن عاتقه بتخليه عن حق الرهن».

وتنص المادة ٢/١٠٣٥ منه علىٰ أن:

«الراهن ملزَم بما أنفقه الدائن لصيانة هذا الشيء [المرهون]». وتتفق التقنينات العربية مع التقنين السوري في أنَّ صيانة الرهن وإجراء الأعمال الضرورية لحفظه، التزام علىٰ عاتق المرتهن بموجب العقد، **وبموجب العقد** يلتزم الراهن بردِّ المصروفات التي أنفقها المرتهن في المحافظة علىٰ الشيء، وفي إصلاحه وفي المصروفات الضرورية التي يقتضيها حفظ الشيء[١]

وهذه المصروفات تلحق بالدين، وتصبح مضمونة بالرهن فيتقاضاها المرتهن متقدمًا علىٰ غيره من الدائنين[٢]

وإذا صرف المرتهن علىٰ الرهن مصروفات نافعة **"dépenses utile"** فيلتزم بها الراهن أيضًا إذا كان مالكًا، «ولكن علىٰ أساس قواعد الإثراء بلا سبب في حدود أقل القيمتين، قيمة ما أنفق المرتهن وقيمة ما أثرىٰ به الراهن علىٰ حسابه، وللمرتهن أن يحبس العين تأمينًا لما يجب علىٰ المالك أن يردَّه من هذه المصروفات»[٣]

ومن هنا نرىٰ أن المرتهن في رجوعه بالمصروفات، يرجع إمَّا بالعقد أو بالإثراء بلا سبب.

وفي الفقه الإسلامي، رأينا أنه حين يستحق الرجوع بمصاريف الصيانة والحفظ، لا يرجع بالعقد؛ لأنه لا يلتزم ذلك، ولا بسبب الإثراء بلا سبب؛ لأن الإثراء بلا سبب ليس مصدرًا للالتزام، وقد أسسنا الرجوع علىٰ «قاعدة الضرورة» التي يكون له بموجبها الولايةُ علىٰ أن يقوم عن غيره بالتصرف النافع.

---

(١) شفيق شحاته: النظرية العامة للتأمين العيني، ص١٢٩.

(٢) المرجع ذاته، الموضع ذاته.

(٣) المرجع ذاته، ص١٣٠.

١٣٧- دفع الدين عن الغير:

تنص المادة: ٣٢٤ من التقنين المدني المصري علىٰ أنه:

«١- إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع علىٰ المدين بمقدار ما دفعه.

٢- ومع ذلك، يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته، أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلًّا أو بعضًا، إذا أثبت أن له أيَّة مصلحة في الاعتراض علىٰ الوفاء».

وتنص المادة ٢٣٩ من التقنين المدني العراقي علىٰ أنه:

«إذا قضىٰ أحدٌ دينَ غيره بلا أمره، سقط الدين عن المدين، سواءٌ قَبِلَ أو لم يقبل، ويعتبر الدافع متبرعًا لا رجوعَ له علىٰ المدين بشيءٍ مما دفعه بلا أمره، إلَّا إذا تبيَّن من الظروف أنَّ للدافع مصلحةً في دفع الدين، أو أنه لم يكن عنده نيَّة التبرع».

ففي التشريعات العربية يرجع مَن يقضي دين غيره عنه من غير ولاية ولا وكالة، إذا لم يقصد التبرع، ورجوعُه مؤسَّس علىٰ قاعدة الفضالة أو قاعدة الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال والتشريعات(١).

وفي المذاهب الإسلامية التي تقول برجوع من يقضي دين غيره ناويًا الرجوع، يؤسس الرجوع علىٰ فكرة تقرب من الفكرة التي يؤسس عليها الرجوع في الفقه العربي الحديث، فهو يرجع في المذهب الحنبلي بناءً علىٰ «قاعدة قضاء الواجب عن الغير»، وفي الفقه المالكي علىٰ ما أسميناه «قاعدة المنفعة»، وهي تقابل إلىٰ حدٍّ كبير قاعدة الفضالة في الفقه العربي كما تكرَّرت الإشارة إلىٰ ذلك.

---

(١) كامل مرسي: العقود المسماه، ص١٤٠-١٤١. وقد جاء فيه أيضًا: أنه حين يدفع دين غيره عن إرادة الدائن، ففي رأي: لا يرجع بدعوىٰ الفضالة ولا بدعوىٰ الإثراء بلا سبب؛ بل يكون له دعوىٰ الحلول، والمؤلف من هذا الرأي. محمد علي عرفه: التقنين المدني الجديد، شرح مقارن علىٰ النصوص، ص٢١٩. الناهي: محاضرات عن القانون المدني العراقي، ص١٦٩. وقارن فيه: ص٢٠٨.

١٣٨- دعوىٰ الدائن عن المدين:

تنص المادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري علىٰ أن:

«١- لكل دائن ولو لم يكن حقُّه مستحقَّ الأداء، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلَّا ما كان منها متصلًا بشخصه خاصة، أو غير قابل للحجر.

٢- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولًا إلَّا إذا أثبت أنَّ المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبِّب إعسارَه، أو أن يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه، ولكن يجب إدخالُه خصمًا في الدعوىٰ»[١].

وتنص المادة ٢٣٦ من هذا التقنين علىٰ أنه:

«يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبًا عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين، وتكون ضمانًا لجميع دائِنِيه»[٢]

والتقنين المصري بهاتين المادتين، كغيره من التقنينات العربية مقيم نظام الدعوىٰ غير المباشرة. ويبين الشروط التي يجب توافرها لاستعمال هذه الدعوىٰ، «والفكرة الأساسية التي ترد إليها هذه الشروط جميعًا، هي وجود مصلحة مشروعة للدائن، ومصلحة الدائن المشروعة هي التي تبرر نيابته عن المدين، وهذه هي الفكرة الأساسية الأخرىٰ التي ترد إليها آثار الدعوىٰ غير المباشرة»[٣]

ويمكن أن نقول: إن المذاهب المالكي والحنبلي والشافعي -في رأي- تسمح للدائن بالدعوىٰ عن مدينه في حقه الشخصي أو العيني ما دامت تقضي

---

(١) ويقابل هذه المادة ويوافقها في الحكم، المادة: ٢٦١ من التقنين المدني العراقي، والمادة: ٢٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ـ وهذا الأخير يشترط بخلاف التقنينات العربية الأخرىٰ، أن يكون الدائن الذي يستعمل حقوق مدينه، دينه مستحق الأداء.

(٢) وتقابلها المادة: ٤٤/٢٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، وتوافقها في الحكم.

(٣) السنهوري: الوسيط، ج٢، ص٤٥.

بذلك مصلحة الدائن المشروعة، ويتفق مع الفقه العربي الحديث في أنَّ الدائن يكون حينذاك نائبًا عن المدين، فيَسري الحكمُ إلىٰ هذا الأخير.

والفقه العربي يقيم الدعوىٰ غير المباشرة نظامًا مستقلًّا واضحَ الحدود؛ فدعوىٰ الدائن عن المدين من تطبيقاته.

أمَّا في الفقه الإسلامي؛ فلعدم وجودِ هذا النظام لجأنا إلىٰ فكرة الضرورة لنؤسِّس عليها دعوىٰ الدائن عن المدين.

١٣٩- الخلاصة:

حاولنا في الفقه الإسلامي أن نضمن التصرفات التي يجريها الشخص عن غيره، ويكون له الولاية عليها بسبب رعاية مصلحته، حاولنا أن نضمنها فكرة واحدة، سمَّيناها قاعدة الضرورة.

أمَّا في الفقه العربي الحديث؛ فإنه يواجه هذه التصرفات -كما رأينا- بأكثر من نظام، فهو يواجهها بنظام الفضالة ونظام الإثراء بلا سبب، ونظام الحلول، ونظام الدعوىٰ غير المباشرة.

الفرع الثالث

آراء الفقهاء المعاصرين

١٤٠- رأي الأستاذ شفيق شحاتة:

تعرض الأستاذ شفيق شحاته في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية -الفقه الحنفي- لتفسير بعض تطبيقات التصرف عن الغير السابقة.

فتحت فصل: «أعمال الفضولي»، وفي الفقرة ٢٥١ تعرَّض لتطبيقات:

من يدفع دين غيره لتخليص ملكه.

عمل الشريك في المال المشترك.

بناء صاحب العلو للسفل، وقال: «إذا انتفت نيَّة التبرع عاد الأمر إلىٰ نظرية الإثراء بلا بسبب، وأمكن الرجوع، وتنتفي هذه النية في الأحوال التي يكون فيها الفضولي **مضطرًّا**؛ من ذلك: أن المعير إذا دفع دين المستعير ليفكَّ رهنَ الشيء المعار، يصح له الرجوع، وكذلك المشتري مع غيره إذا اضطر إلىٰ دفع جميع الثمن؛ ليتمكن من تسليم المبيع المحبوس عند البائع. ومن ذلك أيضًا، أن الشريك في حائط مشترك، أن يرجع علىٰ شريكه بنصف قيمة الحائط إذا كان قد أعاد بناءه علىٰ نفقته الخاصة، وكذلك صاحب العلو إذا كان قد أعاد بناء السفل، وكذلك كل شريك بوجهٍ عام إذا اضطر للعمل في مصلحة شريكه[(١)]

١٤٠ م- ونلاحظ هنا:

١- هذه الدراسة موضوعها الفقه الحنفي فقط.

٢- حدد المؤلف أحوال الرجوع بأن يكون المتصرف مضطرًّا في تصرفه.

٣- فسر رجوع المتصرف علىٰ ضوء نظرية الإثراء بلا سبب؛ فهو يرىٰ أن سبب الرجوع هو انتفاع المثري علىٰ حساب المفتقر. وهذا لا يبدو متفقًا مع التفسير الذي قدَّمناه؛ فقد قلنا: إن انتفاع المثري في ذاته ليس سببًا للرجوع، وإنما السبب أن المتصرف حين تصرَّف كان له الولاية علىٰ إجراء التصرف، فهو في هذا ككلِّ شخصٍ يتصرف بولاية شرعية، فسبب الرجوع التصرف بالولاية الشرعية.

---

(١) راجع علىٰ التوالي الفقرات: ٣٠ و٣٢ و٢٢ و٢٠ و١٣ من هذا البحث.

١٤١- رأي الأستاذ السنهوري:

تعرض الأستاذ السنهوري لتفسير هذه التطبيقات في كتابه الوسيط الجزء الأول، الفقرة ٧٧٤ فقال:

«توحيد حالات معيَّنة يكون فيها الإثراء بلا سبب في هذا الفقه [الإسلامي] ملزمًا للمثري علىٰ حساب الغير، ويكون ذلك عادةً إذا كان الشخص الذي افتقر **لم يكن له بد من ذلك،** كما لو بنىٰ صاحب العلو السفل بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم، فلا يكون متبرعًا، ويرجع بقيمة البناء علىٰ صاحب السفل؛ لأنه مضطرًّا إلىٰ البناء، إذ لو رفع الأمر إلىٰ الحاكم فالحاكمُ لا يجبر صاحب السفل علىٰ بناء سفله؛ لعدم تعدِّيه.

ومن ثَم نرىٰ أنَّ الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام في الفقه الإسلامي **إلَّا في حالات معيَّنة**».

ثم عاد وقرَّر هذه الفكرة في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي الجزء الأول ص٥٧-٥٩، تحت عنوان: «الإثراء بلا سبب»، فقال: «... الفقه الإسلامي لا يعترف بوجهٍ عام بالإثراء بلا سبب مصدرًا للالتزام، علىٰ أنه يستثني **أن يكون المفتقر مضطرًّا إلىٰ الإنفاق**؛ إذ المضطر ليس بمتبرِّعٍ، فلو بنىٰ صاحب العلو السفل بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم، لا يكون متبرعًا، ويرجع بقيمة البناء علىٰ صاحب السفل ولو هدما حائطًا بينهما فأبىٰ أحدهما إعادته، يجبر، ولو انهدم لا يجبر، ولكن يبني الآخر، ويمنعه حتىٰ يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضي، ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضي وتطبيقًا لهذا المبدأ، وإلىٰ جانب الحالة المتقدمة، يكون الإثراء بلا سبب **مصدرًا للالتزام في الأحوال الآتية:**

حالة مَن يضطر للقيام بخدمة الغير درأً لمضرَّةٍ عن نفسه، كما لو قضىٰ الولد دين أبيه وافتكَّ ماله المرهون في هذا الدين، لم يكن متبرعًا، ويرجع بجميع ما قضىٰ علىٰ أبيه؛ لأنه مضطرٌّ إلىٰ قضاء الدين، إذ لا يمكنه الوصول إلىٰ ملكه

إلَّا بقضاء الدين كلِّه[1]، كما لو استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن، ثم إن المعير قضىٰ دين المستعير وافتكَّ الرهن، أنه يرجع بجميع ما قضىٰ علىٰ المستعير».

١٤١م- ونلاحظ هنا أيضًا الملاحظات ذاتها التي تقدمت في الفقرة «١٤٠م».

١٤٢- رأي الأستاذ صبحي المحمصاني:

عرض الأستاذ صبحي المحمصاني لتطبيقات التصرف عن الغير، الذي تُدفع إليه مصلحة المتصرف في «الباب الرابع» من «الجزء الأول» من كتابه النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، وقد عنون هذا الباب بـ (الفضولي والتصرف بمال الغير)، ويمكن أن نلخص ما جاء فيه مما يتصل بالموضوع كما يأتي:

ابتدأ بقوله: إن «في كتب الفقه أمثلة عديدة من الأحوال التي يجوز فيها للمرء أن يتصرف في ملك غيره بدون إذنه، أو بدون ولاية عليه، ويكون تصرفه فيها صحيحًا بلا إجازة، خلافًا للقاعدة العامة «ثم ذكر أمثلة» إذن صاحب الحق يعتبر فيه موجودًا دلالة، أو بعبارة أخرىٰ يعتبر الإذن ضمنيًّا».

ثم ذكر إلىٰ جانب هذه الفئة من المستثنيات توجد عند الحنفيين خاصة، فئة أخرىٰ لم تفسر بالإذن دلالة كما مر، بل فسرت «فقط» باضطرار الفضولي للوصول إلىٰ حقِّه، أو للمحافظة علىٰ ماله.

وذكر أمثلة لهذه الفئة الجديدة:

١- أحد الورثة يقضي دين الميت ليصل إلىٰ نصيبه من التركة.

٢- أحد المشترين يدفع الثمن ليصل إلىٰ المبيع.

٣- بناء صاحب العلو للسفل.

٤- نفقة المرتهن علىٰ الرهن في بعض الأحوال.

---

(١) الفقرة: ٣٠م، من هذا البحث.

٥- إجارة الشريك الملك المشترك في غياب شريكه.

٦- أحد الراهنين يدفع كل الدين في غيبة صاحبه ليفك الرهن[١]

ثم ختم الكلام بأن ذكر «أن هذه الأمثلة وما كان من نوعها، أعطت الأجنبي **الحق بأن يتصرف في حق غيره** بدون إذنه أو إجازته؛ **لأن هذا التصرف ضروري لهذا الأجنبي** حتىٰ يصل إلىٰ حقه، أو يحافظ عليه».

وختم الفصل بقوله: «القاعدة العامة في المذهب الحنفي أنه: إذا أنفق الفضولي من ماله شيئًا لحساب غيره، أو أدَّت عنه واجبًا بدون إذنه أو بدون إذن القاضي في بعض الأحيان، عُدَّ متبرعًا بما أنفق إلَّا في بعض المستثنيات المبينة علىٰ إذن صاحب الحق الضمني، أو علىٰ **اضطرار الفضولي** الناشئ عن سَعْيِه للوصول بذلك إلىٰ حقِّه، أو للمحافظة علىٰ ماله».

١٤٣م- ونلاحظ هنا:

١- ذكر المؤلف أنَّ هذه الفئة من التصرفات توجد عند الحنفيين خاصة، وهذا لا يتفق مع ما ذكرناه من أن «قاعدة الضرورة» في المذهب المالكي، والتي فسرنا علىٰ ضوئها هذه التطبيقات أوسعَ تطبيقًا من المذهب الحنفي، والمؤلف نفسُه استند في ذكر بعض الأمثلة إلىٰ كتب غير الأحناف.

٢- ذكر المؤلف أنَّ الصفة الجامعة لهذه الأمثلة والمؤثرة في الحكم، هي اضطرار المتصرف إلىٰ التصرف عن غيره، وقد اتضح هذا من العنوان: «المستثنيات من الإجازة بسبب الاضطرار».

٣- سمىٰ هذه التطبيقات مستثنيات، مما قد يدل علىٰ أنها لا تكون عنده قاعدة عامة.

٤- أوضح أنَّ سبب رجوع التصرف المفتقر علىٰ المتصرف عنه المقتني -في تقديرنا- هو الوضع الصحيح للمسألة، وهو ما سبق أن قررناه.

---

(١) راجع الفقرة: ٣٤ من هذا البحث.

الباب الثاني

التصرفات عن الغير التي تبـرِّرها المنفعة[1]

---

(١) يسمي الأستاذ صبحي المحمصاني نظرية الفضالة بنظرية المنفعة، وقد استعرنا منه هذا التعبير. انظر: كتابه النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج١ ص٨٢ وما بعدها.

١٤٤- في هذا الباب ندرس التصرف عن الغير الذي تدفع إليه منفعة هذا الغير، وهذا ما يدرسه الفقه العربي الحديث عادةً تحت عنوان الفضالة (Gestion d' affaires) والفكرة الشائعة أنَّ الفقه الإسلامي لا يعتبر الفضالة مصدرًا للالتزام، ولكنَّا سنرىٰ أنَّ هذا الفقه في مختلف مذاهبه يصحح التصرف عن الغير في بعض التطبيقات، وإن صدر من غير ولي ولا وكيل، ويكون مبرر ذلك أنَّ التصرف تقتضيه منفعة المتصرف عنه. وصحيح أنَّ هذا يكون علىٰ وجه الاستثناء في بعض المذاهب إلَّا أنَّ في بعضها يكون تطبيقًا لقاعدة عامَّة لا نعتقد أنها أقلُّ شمولًا من قاعدة الفضالة في الفقه العربي الحديث.

وصحيح أيضًا؛ أنَّ هذه القاعدة العامة، حيث توجد في الفقه الإسلامي قد يحوطها شيءٌ من الغموض أو التقلقل أو ينقصها التحديد، ولكن ذلك بسبب أن الفقه لم يدرسها في تطبيقاتها كنظرية عامة، ولكن هذا لا يمنع الباحث من أن يصل -وإن بشيء من الجهد- إلىٰ توضيح معالمها وتبيين حدودها، وهذا ما نرجو أن يكون هذا العمل خطوة إليه.

سنجري هنا علىٰ النهج ذاته الذي اتبعناه في الباب الأول، ندرس المذاهب الأربعة في فصول أربعة، وفي كل فصل نبتدئ بدراسة التطبيقات في الفرع الأول، ونختم في الفرع الثاني بدراسة الفكرة العامة، ثم نتبع بفصل خامس للمقارنة والتعقيب.

الفصل الأول

المذهب المالكي

الفرع الأول

الـتـطـبـيـقـات

١٤٥- مدخل:

يتوسع الفقه المالكي في تطبيق فكرة المنفعة كمبرر للتصرف عن الغير، فيمدها إلىٰ التصرفات القولية؛ حيث يرىٰ أن منفعة الغير تبرر العقد عنه، والادِّعاء عنه أمام القضاء، ويحدها إلىٰ التصرفات الفعلية، فيجيز أن يقوم آخر عنه بعمل مادي، أو إنفاق أو دفع ما يجب عليه، علىٰ أن يكون ذلك علىٰ حسابه، فيرجع عليه بعوض ما بذل من جهد أو مال.

ولا يكتفي المذهب المالكي في هذا بالتطبيقات المنثورة، بل تصرح النصوص بوجود قاعدة عامة تحكم هذه التطبيقات، وتحاول أن تحددها.

١ - القاعدة العامة

١٤٦- مع أن الأصل في المذهب المالكي -كغيره- أنَّ لكل نفس ما كسبت، وعليها ما اكتسبت، وأنه لا يجوز إلزام الإنسان بشيءٍ لم يلتزمه بإرادته أو بفعله، إلَّا أنَّه -في هذا المذهب- كل تصرف لا بد للشخص منه إذا قام به عنه غيره ولو بغير أمره؛ فإنه يستحق عليه عوض ما بذل فيه من جهد أو مال، إذا كان من قام به شأنُه أن يقصد الرجوع بعوض ما قام به علىٰ المنتفع.

١٤٧- وتتَّضح هذه القاعدة بأن نذكر إلىٰ جانبها مبدأين في المذهب المالكي: أولهما- أنَّ الأصل عدم خروج ما يملك الإنسان عنه؛ سواءٌ كان هذا عينًا مادية أم عملًا له قيمة مالية، إلَّا علىٰ الوجه الذي يقصده. فالأصل في المذهب المالكي عدم التبرع.

ثانيهما- أنه إذا قامت قرينة علىٰ التبرع؛ فإنه يعمل بها، فلا يرجع مَن تصرف تصرفًا نافعًا بعوضه، وقد مثلوا لهذه القرينة بأداء دين الميت المفلس، وبالنفقة علىٰ الصغير الفقير، وبضمان الصداق -لأن العُرف قد قام فيه علىٰ قصد التبرع-.

١٤٨- وقد أسسوا حق الرجوع، أو حق التصرف بقصد الرجوع علىٰ الإرادة المفترضة للمتصرف معه، أو بعبارتهم: علىٰ الإذن العادي، ودلالة الحال. وهذا فيما يكون التصرف فيه غير واجب علىٰ المتصرف عنه. أمَّا فيما وجب عليه؛ فقد أسسوا حقَّ التصرف عنه علىٰ الإذن الشرعي للمتصرف.

١٤٩- وهذه القاعدة بصيغتها المجردة، وُجدت قديمًا في المذهب المالكي؛ فقد نقلها القرافي عن ابن أبي زيد، وقد تردَّدت فيما بعدُ في المؤلفات الفقهية المالكية، وأسسوا عليها كثيرًا من التطبيقات التي ستمر بنا.

١٥٠- نصوص:

الذخيرة، ج٤ ورقة ١٢٩/ب (الإجارة):

قال [ابن شاس]: **كل** عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره، بأمره أو **بغير أمره**، فعليه ردُّ مثلِ ذلك المال في القيام بالمال ودفع أجرة المثل في العمل، إن كان لا بد من **الاستئجار عليه أو لا بد من إنفاق ذلك المال**؛ لحصول **الإذن العادي**، وإن كان يفعل ذلك بنفسه أو غيره، أو مال سقط مثله عنه [كذا] فلا شيء عليه. والقول **قول العامل والمنفق** في عدم التبرع؛ لأن **الأصل بقاء الملك علىٰ المال والمنفعة** ... ونقل هذه القاعدة **صاحب النوادر**، وقد أشار إليها **ابن يونس** هنا [في الإجارة].

والشافعي ينازعنا فيها؛ لأن القول عنده شرط في الحمالة والكفالة والإجارة والبيع. ونحن نعتمد علىٰ **العوائد**؛ فإن لسان الحال يقوم مقامَ لسان المقال، ووافقنا في تفاصيل الإجارة وتعيين النقود، وإذا أطلقت في العقود وتقييد الأقارير المطلقة فنقس [كذا] علىٰ هذه الصورة، ونمنع اعتبار ما ذكره من التوقف؛ بل المعهود في حالة السلف عدم هذا التضييق.

وفي ورقة ١٠٣/ب: (الصلح):

قاعدة مذهبية: إذا فعل الإنسان عن غيره ما شأنه أن يفعله، **مضىٰ فِعلُه عليه** ... تنزيلًا للإذن الشرعي في الواجب، أو الإذن العادي في غير الواجب منزلة الإذن القولي؛ فإنَّ العوائد تقوم مقامَ الأقوال؛ إجماعًا في النقود وغيرها، فكذلك ههنا:

وفي ورقة ١٥٤/ب (الجعالة):

[بعد أن ذكر القاعدة قال:] لنا القضاء بالعوائد فنفقة الآبق.

بناءً علىٰ الملك، ولا تجب قياسًا علىٰ الغيبة [كذا][1]، وليس شأن الناس طلب الآبق، فوجبت الأجرة إلَّا **أن تكون قرينة تدل علىٰ التبرع من كونه ليس شأنه ذلك.**

وفي (أ) ج٥ ورقة ٢٠٦/ب (الرهن):

[بعد أن ذكر القاعدة قال:]   أمَّا ما كان يليه [المتصرف عنه]، بيده، أو ابنه، أو عبده، أو من المال الذي سقط عنه، فلا شيء عليه فيه.

والقول قول العامل والمنفق أنه لم يتبرع، فعلىٰ **القاعدة ترجع بالنفقة في الضالة والرهن**، ولا يشترط أن [يكون] الحق واجبًا كأداء الدين. قاله **ابن أبي زيد** في النوادر[2]

---

(١) والظاهر أن صحتها الهبة.

(٢) ذكر القاعدة ابن الحاجب ورقة ٩٨/ظ، وابن جزي ص٢٦٩، وانظر: الحطاب ج٥ ص٣٩٢، وابن هلال ص١٢٠.

٢ - القيّم الفعلي[(١)]

١٥١- إذا لم يكن للصغير، أو للكبير غير الرشيد لا ولي ولا وصي فقام به شخصٌ قريب له أو أجنبي عنه يكفله ويرعىٰ شئونه، فما هو مدىٰ الحق الذي يعطاه هذا الكافل للتصرف عنه؟

يجيب المذهب المالكي عن هذا السؤال بأكثر من رأي، فقيل: إن هذا القيِّم الفعلي يعتبر كالقيِّم الشرعي أو بعبارة أخرىٰ: يعتبر كالوصي عليه، فيجوز له من التصرف ويمضي علىٰ مكفوله ما يجوز للوصي، فيجوز أن يجوز عنه ما يوهب له، وأن ينفق عليه من ماله (مال المكفول)، وأن يقاسم عنه، ويبيع أمواله.

وقيل: بل يعتبر كأجنبي، فلا يجوز له أن يبيع عنه، ولا أن يقاسم.

ولكن الذي جرىٰ به العمل أنه يجوز له البيع إذا توافرت شروط:

١- أن توجد الحاجة الموجبة للبيع.

٢- وأن يكون المبيع قليل القيمة - ويرجع في ذلك إلىٰ العرف.

٣- والسداد في البيع بأن يكون المبيع أحق بالبيع من غيره، وأن يكون بثمن المثل.

ولا يشترط بعد ذلك أن يكون المبيع منقولًا، بل يمضي البيع فيه وفي العقار، كما لا يشترط امتناع استئذان الحاكم.

---

(١) استعرنا هذا التعبير من الاصطلاح (de facto guardian). انظر:

Asaf: out lines of Muhummadan law, tp. 176-179.

علىٰ أنَّ بعض المتأخرين من فقهاء المالكية، رأوا أنه إذا كان الكافل قريبًا للمكفول (أخًا كبيرًا أو عمًّا)، أن له التصرف **بكل ما تقتضيه المصلحة**، وبرَّر هذا الحكم بجريان العادة به، وبفساد من يتولَّىٰ أمور الأيتام من الحكام والخوف علىٰ أموالهم منهم.

وعلىٰ كلٍّ، فهذه الولاية التي تكون للقيِّم الفعلي لا ترقىٰ إلىٰ ولاية الولي الشرعي، فليس له أن يوصي بالصغير، ويستثنىٰ من ذلك أن يكون القيِّم الفِعلي أُمًّا، فيجوز إيصاؤها عليه بشروط:

١- أن يكون ذلك في مال يسير.

٢- قد ورثه عنها.

٣- ولا ولي له.

هذا، ويعتبر القيم الفعلي كالقيم الشرعي؛ فيُقبل قولُه فيما يدعي أنه أنفقه إذا كان ذلك مما ينفق في العادة.

١٥٢- نصوص:

أ- الذخيرة (أ)، ج٥ ورقة ٨٥/ب:

قال ابن يونس، عن **مالك**: أيتام لا وصيَّ لهم، ولهم أُمٌّ أو عمة أو أخ رشيد، أو غيره ممن احتسب فيهم من **الأجنبيين، بغير أمر السلطان، يجوز منه ما يجوز من الوصي**؛ من المقاسمة، والبيع، والتزويج، والإنفاق والتضحية وحيازة الصدقة منه أو من غيره، وقاله **ابن القاسم** فيمن يلي اللقيط.

ب- الشرح الكبير، ج٣ ص٣٠٠-٣٠١:

لا حاضن -أي كافل- كجدٍّ وأم وعم؛ فليس بولي علىٰ اليتيم، **فلا يبيع** متاعه وعمله بإمضاء تصرف الحاضن في الشيء اليسير، حيث لا شرط **ولا عرف**، وفي حده -أي اليسير- بعشرة دنانير أو عشرين أو ثلاثين تردد، **والظاهر الرجوع للعرف**، وهو يختلف باختلاف الأشخاص والمكان والزمان.

الدسوقي: الموضع ذاته:

حاصل فقه المسألة: أن الكافل إذا جرىٰ العرف بتولّيه أمر اليتيم والنظر في شأنه، كان تصرفه صحيحًا في القليل والكثير إذا كان التصرف لحاجة. وإن لم يكن عرف بذلك؛ **فالمشهور أنه لا يمضي تصرفه في القليل ولا في الكثير**، والذي جرىٰ به العمل: مضىٰ التصرف في القليل دون الكثير، ولا بد من الرفع للحاكم في الكثير، ولا فرق في ذلك بين كون الكافل ذكرًا أو أنثىٰ، قريبًا أو أجنبيًّا.

ابن سلمون، ج٢ ص٢٠٧:

وبيع الحاضن والحاضنة فيه اختلاف؛ فقيل: إنه لا يجوز له البيع إلَّا بأمر السلطان، وقيل: يجوز مطلقًا في القليل والكثير إذا وافق السداد، وقيل: يجوز في القليل دون الكثير إذا **احتاج إلىٰ ذلك**. والقليل ما قيمتُه العشرون دينارًا ونحوها؛ قال ابن زرب: والثلاثون دينارًا، وسواءٌ كان الحاضن قريبًا أو بعيدًا، أو وليًّا أو أجنبيًّا، في بدوي أو حاضر، **إذا أصاب وجه البيع** وكان الثمن قليلًا، فيما يحتاج إليه اليتيم، جاز، ولا **قيام فيه بعد ذلك لأحد.**

المدونة، ج٢ ص١١٧:

قلت: أرأيت لو أنَّ صبيًّا في **حجري** لست له بوصي، وله في يدي مالٌ، أنفق عليه من ماله؟ قال: أرىٰ أن ترفع ذلك إلىٰ السلطان، فينظر له السلطان، فإن لم تفعل وأنفقت عليه من ماله، وبلغ الصبي، نظر إلىٰ **مثل نفقة** الصبي في تلك السنين **فصُدِّق الرجلُ في ذلك.** قلت: فإن قال: قد أدَّيت صدقة الفطر عنه في هذه السنين، أيُصَدَّق علىٰ ذلك؟ قال: نعم، في رأيي.

ج- الشرح الكبير، ج٤ ص٤٥٢:

وبقي هنا مسألة ضرورية كثيرةُ الوقوعِ، وهو أن يموت الرجل عن أولادٍ صغارٍ ولم يوصِ عليهم فتصرف في أموالهم **عمُّهم أو أخوهم الكبير أو جدُّهم بالمصلحة**، فهل هذا التصرف ماضٍ أو لا؟ ذكر أشياخنا أنه ماضٍ، لجريان

العادة بأنَّ من **ذكر** يقوم مقامَ الأب سيَّما في هذه الأزمنة **التي عَظُم فيها جور الحكَّام**، بحيث لو رفع لهم حال الصغار لاستأصلوا مال الأيتام.

د- وفي نفس الموضع:

[للأم] أن توصي علىٰ أولادها، بشروط ثلاثة إن قلَّ المال الذي أوصت بسببه كستين دينارًا ولا ولي للأولاد من أب أو وصي أو مقدم . . . ، وورث المال القليل الأولاد عنها لا عن غيرها، فلا كلام لها، فإن فقدت الشروط أو بعضها فتصرَّف وصيُّها، فتصرُّفُه غير نافذ.

الحطاب، ج٦ ص٣٩٠:

قال ابن القاسم وإجازة مالك ذلك [إيصاء الأم] **استحسان** ليس بقياس وقال في المدونة: ولا يكون وصي العم والجد والأخ وصيًّا في يسير مال ولا كثيره[1]

---

(١) في أ- الدسوقي ج٣ص٣٠١، ابن سلمون ج١ص٣٩٢.

وب- العمليات العامة ص٢١٢.

وجـ - المواق ج٦ص٣٨٩.

٣ - النفقة على الصغار

١٥٣- تطبيقًا للقاعدة العامة في الفقه المالكي التي قدَّمنا الكلام عليها، يجوز للشخص أن ينفق علىٰ صغارٍ ليس لهم بوليٍّ ولا وكيل عن ولي عند غيبة من ينفق عليهم من الأولياء إذا احتاجوا للنفقة وخاف عليهم الضَّياع بتركها، علىٰ أن يرجع عليهم بما أنفق في أموالهم أو في مال مَن تجب عليه نفقتُهم.

ويُشترط لثبوت حقِّه في الرجوع، توافر شروط:

(١) أن يقصد الرجوع عند الإنفاق، فإن لم يقصد الرجوع بل قصد الشرع لم يكن له بعد أن يعدل عن قصده التبرع؛ تطبيقًا للقواعد العامة في الفقه المالكي، فلو أنفق بقصد التبرع ظانًّا أن لا مالَ للمنفق عليه، وعدم وجود مَن تجب عليه نفقتُه، ثم يتبين وجود أحدهما، لم يكن له أن يرجع، ويستدل علىٰ قصد التبرع بالتصريح به، أو بقيام قرينةٍ تدل عليه، كما لو كان المنفق عليه لقيطًا لا يُعرف له نسبٌ، أو يتيمًا لا يُعرف له مال.

(٢) أن يكون للمنفق عليه مال وقت النفقة، أو يوجد وقتها من تجب عليه النفقة من الأقرباء.

(٣) أن تكون النفقة علىٰ وجه السداد، فلا يكون له أن يرجع بالسرف.

وهذان الشرطان الأخيران في الواقع يحتويهما الشرط الأول، فعدمُ وجودهما يُلغي اعتبارَ قصد الرجوع حتىٰ لو صرح به؛ فالذي ليس له مال يضار بإنفاقه ثم رجوعه عليه، ولا ينتفع؛ ذلك أنه لو لم ينفق عليه، لوجد من ينفق عليه احتسابًا، أو أنفق عليه من بيت المال.

وكذلك إنفاق السرف لا يستفيد منه، بل يضار به حين الرجوع، فلا يكون له الحق في ترتيبه في ذِمَّته.

ثم إن هذين الشرطين تقتضيهما القاعدة السابقة، والرجوعُ فيهما مشروطٌ بأن يكون التصرف مما لا بد منه للمتصرف عنه، والصغير الذي لا مال له، وليس له من تجب نفقته عليه، لا بد من نفقةٍ عليه ترتب في ذمته، ويطالب بها بعد أن يكبر ويغتني.

وعلىٰ المنفق ليستحق الرجوع أن يُثبت توافر هذه الشروط، ويكتفىٰ بقوله لثبوت الشرط الأول، بيمينه -عند الإنكار- ذلك أنه أولًا: يدعي الأصل، والأصل في المذهب المالكي -كما تقدم- عدم التبرع، وثانيًا: لأنه أمر لا يُعرف إلَّا من جهته. وعليه أيضًا؛ أن يُثبت قدر النفقة بالبينة، إلَّا أن يكون الصغير في كفالته أثناء الإنفاق، فيكتفىٰ أن يثبت الكفالة ومدتها.

١٥٤- نصوص:

أ- المدونة، ج١١ ص٣٨-٣٩:

قلت: أرأيت **إن كفل** يتيمًا فجعل ينفق عليه، **ولليتيم مال**، أَلَهُ أن يرجع فيما أنفق علىٰ اليتيم في مال اليتيم؟ قال: نعم، قلت: أشهد أو لم أشهد؟ قال: نعم، إذا قال: إنما كنت أنفق علىٰ اليتيم علىٰ أن أرجع عليه في ماله   قال مالك: اللقيط إنما ينفق عليه علىٰ وجه الحسبة   لا يتبع بشيء مما أنفق عليه   وكذلك اليتامىٰ الذين لا مال لهم، وإن قال الذين يكون اليتامىٰ في **حجورهم**: نحن نسلفهم حتىٰ يبلغوا، فإن أفادوا مالًا أخذناه منهم، وإلَّا فهم في حِلٍّ، قال مالك: قولهم ذلك باطل، لا يتبع اليتامىٰ بشيءٍ إلَّا أن تكون لهم أموال عروض، فيسلفوهم علىٰ تلك العروض حتىٰ يبيعوا   **فذلك لهم**، وإن قصر ذلك المال عمَّا أسلفوا، فليس لهم أن يتبعوهم بشيء   قال ابن القاسم: الرجل **يغيب وهو موسر فيضيع ولده** . . . فينفق [شخص] عليهم **بغير أمر السلطان علىٰ وجه السلف، وحلف** علىٰ ذلك، وكانت له **بينة في نفقته عليهم** [يرجع]

وإن كان الأب معسرًا لم يلزمه من ذلك شيء، وإن أيسر بعد ذلك لم يتبع بما أنفق علىٰ ولده قال: لأنَّ مالكًا قال: إذا كان الوالد معسرًا لم تلزمه نفقة ولده.

وفي ج٤ ص١٠٩:

قال [ابن القاسم] إلَّا أن يكون الذي أنفق عليه صغيرًا لا مال له فإنه لا يرجع عليه بشيءٍ إلَّا أن يكون له مال يوم كان ينفق عليه، فإنه يرجع عليه **في ماله ذلك.** قلت: **فإن تلف المال** وكبر الصبي فأفاد مالًا؟ قال: **لا يكون له أن يرجع عليه بشيء** في رأيي.

الحطاب، ج٤ ص١٩٣:

في التوضيح إذا وجب **للأجنبي** الرجوع بما أنفقه علىٰ الأجنبي، فإنما يرجع عليه بالمعتاد **في حق المنفق عليه،** **فأمَّا** ما كان سرفًا **بالنسبة إليه، إلَّا** أن تكون التوسعة في زمنها كالأعياد، فيرجع بذلك من أنفق علىٰ ولد رجل **غائب موسر وخاف ضيعته،** فإنه يتبع الأم بما أنفقه **بالمعروف،** وإن لم **يَسْتَبِنْهُ** في النفقة عليهم **كمن قضىٰ عن رجلٍ دينًا** علىٰ أن يتبعه به، كان له أن يتبعه به ابن رشد: لأن الولد إذا لم يكن لأبيه ولا له مال، فهو كاليتيم النفقة عليه **احتسابًا،** ليس له أن يعمر **ذمته بدين إلا برضاه؛ إذ ليس ممَّن يجوز علىٰ نفسه رضاه.**

التسولي: ج١ ص٢٨٦:

قال البرزلي امرأة لها ولد تأخذ عليه النفقة من أبيه، فتزوجت رجلًا واشترطت عليه نفقة الولد أجلًا معلومًا أن ذلك إن كان مكتوبًا من حقوقها فهي ترجع بنفقته علىٰ أبيه.

ب- وفي ص٣٨٧:

لا بد من إثبات كونهم معه علىٰ مائدةٍ واحدة، أو إثبات الإنفاق عليهم فيشهد الشهود أنه كان يدفع النفقة إلىٰ حاضنتهم فلانة كذا **وكذا** أو يشهدون

أنهم يعرفون الصبي فلانًا يتيمًا في **حضانة** قريبه فلان منذ كذا وكذا عامًا، وفي كفالته وعلىٰ مائدته لا يعلمون أنه انتقل عن ذلك بطول المدة المذكورة.

الشرح الكبير، ج٤ ص١٢٥:

والقول إن اختلفا في الإنفاق **للملتقط** ... أنه **لم يُنفق حسبه**.. بل يرجح بيمينه لا قول الأب: إنه حسبة.

حاشية ميارة، ج٣ ص٢٥١:

الرجوع بالإنفاق إنما هو **حيث لم تقم قرينة** علىٰ الاحتساب، وإلّا فلا رجوع **الأصل عدم الصلة [التبرع]**.

التسولي، ج١ ص٣٨٩:

وإن قدم من غيبته موسرًا فهو مصدق في أنه كان في وقت الإنفاق معسرًا، ومن **ادَّعىٰ يسره وقته فعليه الإثبات**.

الدسوقي، ج٤ ص١٢٥:

وإذا تنازعا في قدر النفقة، فلا بد من إثباتها، وإلّا فالقولُ قولُ الأب؛ لأنه غارم، ويجري فيه قول المصنف [خليل]، واعتمد البات علىٰ ظنٍّ قوي كان اختلفا في يُسر الأب وقتَ الإنفاق[1]

---

(١) في «أ» المدونة، ج١١ ص٣٩ و٨٨، الشرح الكبير ج٢ ص٤١٨، ميارة ج١ ص٢٥٢، الحطاب ج٤ ص١٩٤، المواق ج٤ ص١٩٣، التاودي والتسولي ج١ ص٣٨٥، حاشية ميارة ج٣ ص٢٥٢.
و«ب» الحطاب ج٤ ص١٩٥، حجازي وضوء الشموع ج٢ ص٣٠٦.

٤ - أداء الواجب عن الغير

١٥٥- إذا قصد شخص أن يؤدي ما وجب علىٰ غيره يريد بذلك إعانته والرفق به، علىٰ أن يرجع عليه بعوض ما أدَّاه عنه بعد، فإنه يملك ذلك. وهذا محض تطبيق للقاعدة العامة.

ويتبين مما قدَّمنا، أنه يُشترط لذلك شروط:

أولًا: أن يكون الدين ثابتًا علىٰ المدين، مستحقَّ المطالبة به، فإن كان غير ثابت -ولو كان بسبيل الثبوت- كنفقة والديه التي لم يفرضها الحاكم بعد، أو كان ثابتًا ولكن لم يستحقَّ مطالبته به؛ كدين علىٰ ميت مفلس، أو لم يكن واجبًا عليه البتة؛ مثل أن يجوز جابي الخراج علىٰ مكتري الأرض فطالَبَه بأكثر من الواجب، فيدفع خراجها وما جار به عليه الجابي. ففي هذه الصور مَن دفع عن غيره لا يستحق الرجوع.

وتفسير هذا: أنَّ الدفع كان المدفوع عنه غير محتاج إليه، وهذا ظاهر في الدين غير الواجب أو غير الثابت، أمَّا دين الميت المفلس؛ فيبدو أنهم اعتبروا احتمالَ التبرع عنه، والاحتساب في قضاء دينه لو لم يقم هذا بالدفع، ثم إن في دفع دين الميت المفلس تقوم قرينة قوية علىٰ قصد عدم الرجوع عليه بها.

أمَّا إذا كان الدين ثابتًا مستحقَّ المطالبة به؛ فإنه يرجع به، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا الدين ناشئًا عن عقدٍ أو عن عمل غير مشروع، أو عن سببٍ آخَرَ كنفقة الزوجة.

ثانيًا: قصد منفعة المؤدَّىٰ عنه بإعانته علىٰ الدفع. أمَّا إن كان المؤدي قد قصد إعناته والمشقة به؛ فإنه لا يستحق الرجوع، وتفسير هذا الشرط واضح؛ ففكرةُ الولايةِ علىٰ أداء مال الغير باعِثُها رعاية مصلحة الغير.

ثالثًا: أن يقصد الرجوع بما أداه، ويعرف قصده بالتصريح به أو بقيام قرينةٍ عليه، بل بانعدام القرينة علىٰ عكسه.

هذا، ولا يشترط بعد ذلك أهليَّة الالتزام في المؤدَّىٰ عنه كما تصرح النصوص؛ فمن أدىٰ عن الصبي ما وجب عليه بسبب عقد أو فعل ضار، فإنه يستحق عليه الرجوع، ولو كان الأداء بغير أمر وليِّه، متىٰ توافرت شروط الرجوع، وهذا منطقيٌّ؛ فإن الالتزام بالرجوع لا ينشأ عن إرادة مَن وجب الرجوع عليه حتىٰ تشترط أهلية الالتزام فيه.

١٥٦- وأداء ما وجب علىٰ الغير هو غير شراء الدين، وهذا ما تصرح به النصوص؛ فالأول عملٌ نافع، أو تصرف بالإرادة المنفردة، والثاني عقد.

والمذهب المالكي يرتب علىٰ هذه التفرقة بعض النتائج:

١- فبالنسبة للأول؛ الأجنبي يملكه بصرف النظر عن إرادة الدائن، وعلىٰ هذا فإذا قضاه فلا كلام له، ولا حقَّ له في الامتناع عن الاقتضاء؛ فالأجنبي في هذا يقوم مقامَ المدين حتىٰ لو طالبت الزوجة بفسخ النكاح مستندةً علىٰ عدم نفقة الزوج لغيابه، فأدىٰ شخصٌ النفقةَ عن الزوج، لم يحق للزوجة أن تمتنع عن قبول القضاء في الأجنبي.

ولكن لو عارض الدائن والمدين معًا في قضاء الأجنبي، لم يملك القضاء، أمَّا لو عارض المدين ورضي الدائن؛ فالظاهرُ أنه يُعتبر عقدًا، ويأخذ أحكام «شراء الدين».

٢- وبالنسبة للأول أيضًا؛ يؤثر فيه قصد العامل وحدَه، فلو أراد بالدفع إعناتَ المدين، لم يكن له أن يرجع عليه، ولو لم يعلم الدائن بهذا القصدِ السيئ، قولًا واحدًا في المذهب. أمَّا بالنسبة للثاني (العقد)؛ فقصد العامل وحدَه لا يؤثر في الأرجح، فلا يبطل به العقد.

٣- ثم يختلف الحكم في الرجوع؛ فبالنسبة للأول يرجع المؤدي بالأقل من شيئين: ما دفع، وما وجب علىٰ المدين. أمَّا في الثاني فيرجع دائمًا بالدين الذي اشتراه.

١٥٧- هذا، ويرجع المؤدِّي عن غيره مهما كانت طريقة الأداء؛ أعني سواءٌ كانت بالوفاء نقدًا، أو بما يقابل الدين من العوض، أو بالمقاصَّة، وفي كل حال يكون رجوعُه محددًا بقدر الدين؛ بمعنىٰ أنه يرجع بالأقل من شيئين: ما أدَّاه، وقدر الدين.

١٥٨- ويتحمل المؤدي عِبْءَ إثبات الدفع، وتوافر شروط الرجوع، فيثبت وجود الدين الثابت المستحق الأداء بالبينة، ويُقبَل قولُه -باليمين عند الإنكار- في قصده العمل لمصلحة المدين، وقصده الرجوع. وهذا تطبيقٌ للقواعد العامة في هذين لا يعرف الأمر إلَّا من جهته فقبل قوله فيه. علىٰ أنَّ بعضَهم يفصل في الأخير فيرىٰ تحكيم القرائن، فإذا لم تَقُمْ قرينةٌ علىٰ العكس؛ أي علىٰ قصده عدم الرجوع، صُدِّقَ بلا يمين، وإن قامت علىٰ ذلك قرينةٌ ولكنَّها ضعيفة، صُدِّق باليمين، فإن قويت القرينة لم يصدق بيمين ولا بغيره.

١٥٩- نصوص:

أ- المدونة، ج٩ ص٦٤:

قلت: فالذي تطوع [صالح الدائن عن حقه] بغير أمره، أيرجع بها علىٰ الذي عليه الدين؟ قال: نعم، يرجع بها عليه.

وفي ج٤ ص١١٠:

قلت: أرأيت إن أنفقت المرأة وهو غائب وهو معسر، أيكون ذلك دينًا عليه أم لا؟ قال: لا يكون ذلك دينًا عليه، كذلك قال مالك. قلت: لِمَ؟ قال: **لأنَّ الرجل إذا كان معسرًا، فليس عليه النفقة** . . . قلت: أرأيت إن أنفقت **وهو غائب موسر** أتضرب بنفقتها **مع الغرماء؟ قال: نعم.**

الحطاب، ج٤ ص٢١٠:

في نوازل ابن رشد: من أنفق علىٰ أبيه المعدِم فلا رجوع له علىٰ إخوته **الأملياء بشيء** مما أنفق، ليس لأجل ما ذكر؛ أنه يحمل منه ذلك علىٰ التطوع، بل لو أشهد أنه إنما يُنفق عليه ليرجع علىٰ إخوته بمنابهم، لَمَا وجب له الرجوع؛ **لأن نفقته لم تكن واجبةً عليهم حتىٰ يطالبوا بها**. اهـ. انظر لو طولبوا بها وفرضها الحاكم، والظاهر أنه **إن أشهد أنه يرجع فله الرجوع، وإن لم يُشهد**، فيحلف ويرجع.

وفي ج٥ ص٩٨:

وفي كتاب المديان من المدونة: ومن مات وعليه دين فتبرع رجل فضمن دينه، فذلك لازم له، ولا رجوع له عن ذلك، فإن كان للميت مال رجع **فيه بما أدىٰ إن قال: إنما أدَّيت لأرجع في ماله، وإن لم يكن له مال والضامن عالم**، فإنه لا يرجع في مال إن ثاب للمدين؛ **لأنه بمعنىٰ الحسبة.**

المدونة، ج١١ ص٢٠٠:

قلت: أرأيت الأرض إن اكتريتها فأتاني السلطان فأخذ مني الخراج

قال: إذا كان رب الأرض **لم يؤدِّ الخراج** إلىٰ السلطان فأرىٰ أن يرجع عليه **بخراج** الأرض، ولا يرجع عليه **بما جار** عليه السلطان

وفي ج١٣ ص٦٨:

قال [ابن القاسم] إن علم أنه إنما أدَّاه عنه يريد بذلك ضرره وعنته وسجنه، وأنه لا شيء عنده، مُنع من ذلك؛ وإن كان ذلك منه علىٰ **وجه الرفق بالذي عليه الدين، فذلك جائز.**

التسولي، ج١ ص١٨٩:

لكن **بشرط** أن يقصد بالأداء **الرفق** بالمدين لا إعناته والضرر به ولا التبرع عليه، **وإلَّا فيرده.**

المدونة، ج١٣ ص١٠٦:

قال [ابن القاسم]: يرجع [الأجنبي بما أدَّاه عن الصبي] في مال الصبي؛ لأنَّ مالكًا قال: لو أنَّ رجلًا أدَّىٰ عن رجلٍ مالًا كان عليه بغير أمره، أن له أن يرجع بذلك علىٰ الذي كان عليه المال. فهذا يدلك علىٰ أصل قول مالك في مسألتك في هذا الوجه إذا كان ذلك حقًّا. قلت: أرأيت لو أنَّ صبيًّا أفسد متاعًا لرجل **فألزمه بقيمة ذلك المتاع**، فأدىٰ عنه رجل بغير أمر الصبي **وبغير أمر الولي**، فأراد أن يتبع الصبي بذلك، أيكون ذلك له أم لا؟ قال: نعم. يلزمه ذلك في رأيي؛ لأنَّ مالكًا قال: ما أفسد الصبي، أو كسر، أو اختلس فهو ضامن عليه.

الدسوقي، ج٣ ص٣٣٤:

يصح لشخصٍ أن يؤدي دينًا عن آخر بغير إذنه؛ رفقًا بالمؤدىٰ عنه، **ويلتزم رب الدين قَبوله.**

الحطاب، ج٤ ص١٩٩:

إذا قامت المرأة بالطلاق لعدم النفقة في غيبة الزوج، فتطوع بها متطوع، فذكر المشذالي في حاشيته قولين، ونصه في شرح المدونة: ولو تطوَّع رجلٌ بأدائها لم يفسخ. قلت: ويؤخذ من هنا ما نص عليه أبو بكر بن عبد الرحمن في مسألة نصها: سُئل عن رجل غاب عن زوجته فقامت المرأة وادَّعت وأرادت الفراق ثم إن رجلًا من أقارب الزوج **أو أجنبيًّا** عنه قال لها: أنا أؤدِّي عنه النفقة ولا سبيل لكِ إلىٰ فراقه. فقال ابن الكاتب: لها أن تفارق؛ لأن الفراق قد وجب لها، وقال ابن عبد الرحمن: لا مقالَ لها.

ب- الشرح الكبير: الموضع ذاته:

وهل رده [شراء الدين] عنتًا إن علم بائعة بأن المشتري قصد العنت، فلا بد **من عِلمهما لدخولهما علىٰ الفساد.** . هو الأظهر عند ابن يونس، فحقُّه الأرجح.

الدسوقي، الموضع ذاته:

الخلاف إنما هو في شرائه الدين، وأما دفعُه الدين **فيُرد قولًا واحدًا**؛ وذلك لأن شراء الدين لما كان عقد معاوضة كان قويًّا، فلا يوجب رده إلَّا ما هو قوي

كعلمهما، **بخلاف دفع الدين، فإنه ليس عقدًا**، فأثر فيه الأمر القليل، وهو قصد الدافع.

ج- وفي ج٥ ص٩٨:

في التوضيح إذا أدَّىٰ رجلٌ عن رجل دينًا، ثم قام الدافع يطلب المال وقال المدفوع عنه: إنما دفعت عني علىٰ وجه المعروف احتسابًا، **فالقول قول الدافع؛ لأنَّ الأصل عدم خروج ملكه إلَّا علىٰ الوجه الذي قصده**، إلَّا أن تقوم قرينة تدل علىٰ كذب الدافع؛ كما إذا دفع عن الميت المفلس ثم طرأ له مال لم يعلم به وطلب الرجوع. اهـ. ابن عبد السلام: إلَّا أن تقوىٰ القرينة [كذا] فينبغي أن يحلف الدافع وحينئذٍ يأخذ ما دفع. فيؤخذ من كلام ابن عبد السلام أنه لو لم يقم قرينة بالكلية، لصدق بلا يمين، وإذا قويت القرينة لا يصدق أصلًا(١)

---

(١) في أ- المدونة ج١٣ ص٦٨ وج١٤ ص٨، ابن جزي ص٣١٣، الحطاب ج٤ ص٢١٢-٢١٣، الشرح الكبير ج٣ ص١٤٤، الخرشي ج٦ ص٣٦، الزرقاني ج٦ ص٣٨.

وفي ج- التاودي ج١ ص١٨٨، التسولي ج٩ ص١٨٩.

٥ - فداء الأسير

١٦٠- يجب شرعًا علىٰ الأسير في أيدي الحربيين أن يَفدي نفسه إن كان موسرًا، فإن كان معسرًا وجب علىٰ بيت المال أو علىٰ جماعة المسلمين فداؤه، ويجب الفداء علىٰ السيد إن كان الأسير رقيقًا، فإذا قام شخصٌ أجنبي (أي لا يجب عليه فداء الأسير) بفدائه؛ فقد قام عن غيره بواجب، ومن هنا نرىٰ وجوب أن ينطبق علىٰ هذه المسألة حكم المسألة السابقة، وكذلك كان. وإن امتازت هذه المسألة ببعض الخصائص سنقف عليها.

اشترطوا لرجوع من يفدي الأسير شروطًا:

الأول: أن يكون الفادي معيَّنًا؛ سواء كان شخصًا واحدًا أم أشخاصًا متعددين أمَّا إذا كان الفادي جهة كبيت المال أو جماعة المسلمين، فلا رجوع.

الثاني: أن لا يمكن خلاص الأسير إلَّا بهذا الفداء، فإن أمكن خلاصه بدونه، لم يرجع الفادي بشيء، أو أمكن خلاصه بأقل مما فدىٰ به، لم يرجع عليه بالزائد.

الثالث: أن لا يعلم الفادي بإمكان فداء الأسير من بيت المال أو نحوه.

الرابع: أن يقصد الرجوع عليه عند الفداء.

الخامس: أن لا يعلم كونه قريبًا له ذا رحم محرم، أو زوجًا.

١٦١- إذا توافرت هذه الشروط استحق الفادي الرجوع عليه، ويثبت ما فدىٰ به دينًا في ذِمَّتِه، ولكنه دين ممتاز يتقدم به الدائن علىٰ الغرماء.

وقد اختلف فقهاء المذهب في طبيعة الفداء، وهل يعتبر قرضًا لمن وجب عليه الفداء؟ فيجب فيه ما يجب في القرض؛ أعني يجب مثل ما دفع؟ قد قال بهذا الرأي ابن عبد السلام، أم يعتبر دينًا خاصًّا لم يتقرَّر في الذمة إلَّا بعد صرفه فيجب فيه ردُّ مثل المثلي وقيمة المتقوم كحكم المال المستهلك؟ قال بهذا الباجي، وابن بشير، وابن عرفة، وخليل بن إسحاق.

وعلىٰ كلٍّ من القولين، فلا رجوعَ إلَّا إذا كان المال الذي فُدي به الأسير مالًا محترمًا، فلو فدي بخمر لم يستحق الفادي أن يرجع بها ولا يعرضها.

١٦٢- وإذا اختلف الفادي والمفدي، فإن كان اختلافهم في أصل الفداء، فيُقبل قول الأول بالبينة، ويُقبل قول الأخير بدونها.

وإن كان اختلافهم في قدر الفداء، فقيل: إنَّ القول فيه قول المفدي؛ لتمكُّنِه من إنكار الأصل، وهذا قول ابن القاسم، وهو المذهب.

وقيل: القول للفادي إذا أقرَّ المفدىٰ بوقوع أصلِ الفداء، وقيل بالتفصيل بين أن يكون الأسير بيد الفادي فيصدق الفادي، وبين أن لا يكون بيده فيصدق المفدىٰ، وهذا قول سحنون[1]

١٦٣- نصوص:

أ- المدونة ج٣ ص١٦-١٧:

قلت: أرأيت إن اشتريت حرًّا من المشركين بغير أمره أيكون لي أن أرجع عليه بالثمن في قول مالك؟ قال: نعم، علىٰ ما أحبَّ أو كره قلت: أرأيت إن اشتريت أم ولد قال: قال مالك: أرىٰ أن يتبع سيدها بالثمن الذي اشتراها به علىٰ ما أحبَّ وكره قال: لأنَّ مالكًا قال لي في أم ولد المسلم إذا سباها العدو، ثم اشتراها رجلٌ من المغنم بم يأخذ، أبقيمتها

(١) وقد لاحظ ابن رشد أنهم لم يجروا هنا علىٰ قواعدهم، والجاري علىٰ القواعد: إنهما إذا اختلفا في مبلغ الفداء صدق الأسير إن أشبه، وإلَّا صدق الفادي إن انفرد بالشبه، وإلَّا حلفا وعلىٰ ربه فداء المثل. وكذا إن نكلا وقضىٰ للحالف علىٰ الناكل.

أم بالثمن؟ قال مالك: بل بالثمن الذي اشتراها به، وإن كان أكثر من قيمتها، قال مالك: ويجبر السيد علىٰ أَخْذِها.

الدسوقي، ج٢ ص٢٠٧:

والحاصل أنَّ رجوع الفادي مقيَّدٌ بما إذا كان **معيَّنًا**، وكان غير بيت المال، وكان **عالمًا أو ظانًّا** أنَّ الإمام لا يَفديه من بيت المال، ولا مما يجبيه من المسلمين، وأن لا يقصد بذلك الفداء صدقة، وإن لا يمكن الخلاص بدونه. فإن اختلَّ شرطٌ من هذه الشرط، فلا رجوع له.

الذخيرة، ج٢ ورقة ١١٠/ظ:

قال ابن حبيب: إذا فدىٰ أحد الزوجين صاحبه، فلا رجوع إلَّا أن يفديه بأمره، أو غير عالم به. قال ابن القاسم: وكذلك إن فدىٰ قريبه عارفًا؛ لأنها قرينة تدلُّ علىٰ التبرع كان ممن يعتق عليه أم لا.

الشرح الكبير، ج٢ ص٢٠٧:

رجع الفادي إلَّا أن يكون الفادي والمفدىٰ محرمًا من النسب، أو يكون كل منهما زوجًا للآخر، فلا رجوع إن عرفه شرط فيهما أو عتق عليه، وإن لم يعرفه، وهو شرط في المحرم فقط.

ب- الذخيرة، ج٢ ورقة ١١٠/ظ:

قال ابن يونس: قال في العتبية: يرجع المفدي، **وإن كان أضعاف قيمته، وهو مقدم علىٰ دين المفدي** ... وفداء ماله من اللصوص، ودابته من لقطتها - والكراء علىٰ متاعه، فذلك كلُّه مقدَّم علىٰ الغرماء، قال عبد الملك: إنما قدم علىٰ الغرماء؛ **لأنه يدخل في ذِمَّته كرهًا**، فهو أقوىٰ.

الدسوقي، ج٢ ص٢٠٧:

قوله: «ورجع بمثل المثلىٰ وقيمة غيره» إلخ مثله للباجي وابن بشير، وقال ابن عبد السلام الأظهر المثل مطلقًا؛ **لأنه قرض**، وقال ابن عرفة: الأظهر إن كان الفداء بقول المفدىٰ: افدني وأعطيك الفداء، فالمثل مطلقًا؛ لأنه قرض، وإن كان بغيره فقول الباجي، لأنَّ السلعة المفدىٰ بها **لم يثبت لها تقرر في الذمة**،

ولا التزام قبل صرفها في الفداء، فصار دفعها في الفداء هلاكًا لها، فيرجع بقيمتها.

ابن جزي، ص١٥٢:

ومن فدىٰ أسيرًا بخمر وشبهه، لم يرجع به ولا بقيمته.

ج- الذخيرة، ج٢ ورقة ١١٠/ظ:

قال المازري: وإذا اختلف الفادي والمفدىٰ، فالقول قول المفدىٰ في إنكار أصل الفداء أو مقداره، ولو ادعىٰ ما لا يشبه لتمكنه من إنكار أصله، وقيل: القول قول الفادي إن وافقه المفدىٰ علىٰ أصل الفداء وإذا قال: كنت قادرًا علىٰ التحيل والخروج بغير شيء وظهر صدقه، لم يتبع إن فداه بغير علمه، وإن قال: كنت أفتدي بدون هذا وتبين صدقه، سقط الزائد.

الشرح الكبير، ج٢ ص٢٠٨:

والقول للأسير بيمينه أشبه أم لا؛ حيث لا بينة للفادي في إنكار الفداء من أصله أو إنكار بعضه والصواب ولو كان بيده، خلافا لسحنون القائل: محلُّ كونِ القول للأسير إذا لم يكن بيد الفادي، فإن كان بيده فالقولُ للفادي.

٦ - استنقاذ مال الغير

١٦٤- قد يستولي علىٰ المال حربي، أو ينتهبه لصٌّ، أو يجور عليه ظالم، فإن ترك بيده ضاع علىٰ صاحبه. فإذا فداه شخص ليحفظه علىٰ ربه، فهل يكون له أن يرجع علىٰ ربِّه بما فداه به؛ لأن هذا ما يقتضيه تطبيق القاعدة العامة. ولكن الواقع أن المذهب المالكي فرق بين فرضين:

الأول: أن يكون ما فدىٰ، فدىٰ من يد الحربي، فهذا يرجع الفادي علىٰ صاحبه، إذا توافرت شروط الرجوع.

الثاني: أن يكون فدىٰ من يد غير الحربي كلصٍّ أو غاصب. وفي هذا لا يكون للفادي رجوع عند المتقدمين، ويكون حُكمُه حكمُ الأول عند المتأخرين.

وسبب التفرقة في رأي النصوص، أن استيلاء الحربي له شبهة الملك، فمن فداه منه يكون كأنما اشتراه من مالك، فلا يؤخذ منه إلَّا بما دفع فيه. أمَّا غير الحربي؛ فليس له شبهة الملك، وملك صاحبه تام عليه لم يزل ولم ينتقص، فمن فداه منه يكون كالمستحق عليه، وهذا لا يرجع علىٰ المستحق بل علىٰ بائعه له.

والظاهر أن السبب الحقيقي للتفريق، أن اللص والغاصب تأخذه الأحكام في العادة، فيمكن وصول صاحب المال إليه بقوة السلطان، وبدون أن يدفع عنه الفداء، بخلاف الحربي الذي لا سلطان عليه، ولهذا رأينا المتأخرين يلغون هذه التفرقة، وهذا ما جرىٰ به العمل.

ويعللون ذلك بكثرة النهب في البلاد، وضعف السلطان عن أن ينال اللصوص وقطَّاع الطريق، وظهور المصلحة في الفداء.

١٦٥- وإذا قيل بالرجوع فيشترط له شروط:

أولًا: أن لا يمكن خلاصه إلا بما فدىٰ به.

ثانيًا: أن يكون الفداء بما بذل نظرًا لربه.

ثالثًا: أن يقصد الفداء لربه، لا ليتملكه لنفسه.

رابعًا: أن لا يقصد التبرع بالفداء.

وتفسير هذه الشروط مفهوم علىٰ ضوء ما قدَّمنا.

١٦٦- ويترتب علىٰ توافر الشروط، أن يرجع الفادي بقدر ما فدىٰ به. ولكن يبقىٰ لرب المال المفدي، أن يتخلَّىٰ عنه للفادي في نظير الفداء؛ ذلك أن الفكرة الأساسية رعاية مصلحة رب المال، ومن تمام رعاية هذه المصلحة، أن لا يضار بالفداء بأن يرجع عليه الفادي بأكثر من قيمة المال المفدي.

وقدر الفداء دين ممتاز يتقدم به ربُّه علىٰ الغُرَماء، في المال المفدي.

هذا، ولو هلك المال قبل الوصول إلىٰ ربِّه، لم يكن للفادي أن يرجع بشيء من الفداء.

ويترتب علىٰ توافر الشروط أيضًا، أن تكون يد الفادي علىٰ ما فداه يد أمانة، فلو تلف أو انتقص قبل وصوله إلىٰ ربِّه من غير تعدٍّ من الفادي ولا تفريط لم يضمنه.

ويكون حكمُه أيضًا حكمَ سائر الأمانات؛ في أن للفادي أن يحتسب علىٰ ربِّه ما خسر عليه من نفقة أو مؤنة، وحكم هذه أيضًا حكمُ الفداء؛ في أنه لو تلف المنفق عليه قبل الوصول إلىٰ ربه، لم يكن للمنفق الرجوع.

١٦٧- لقد قلنا: إنَّ الفادي يرجع بمقدار ما خسره من ماله لفدائه، ولكن ما حكمُ ما بذله من جهده وعمله؟ وهل يستحق عنه تعويضًا؟ قالوا: إن القياس ألَّا يجب عوض عمَّا بذل من جهد وعمل في الإنقاذ، وتفسير هذا القياس أنَّ

الفداء يعتبر سلفًا لرب المال. ولا يجمع بين الإجارة (العوض عن العمل) والسلف (العوض عن المال)؛ فإن «كلَّ قرضٍ جرَّ نفعًا فهو ربًا»، ولكن اختار المتأخرون أنَّ الفادي يستحق أيضًا عوضًا عن عمله وسعيه في الفداء والإنقاذ إذا كان مثلُه يأخذ الأجر علىٰ ذلك، وأسَّسوا هذا الحكم علىٰ أساس أصله؛ أي رعاية مصلحة المتصرف له، وأنَّ في القول بالرجوع بعوض العمل حفظًا للأموال وتشجيعًا علىٰ إنقاذها.

والواقع أن تطبيق القاعدة يقتضي ذلك، ويشهد له ما سيجيء في التطبيقين: ٧ و٨:

١٦٨- ويتحمَّل الفادي عبء إثبات وقوع الفداء، وإثبات قدر ما فدىٰ به.

وإذا كانت العادة جاريةً بالفداء ولم يستطع إثبات الفداء ولا قدره بالبينة، فإنه يستحق فداء المثل.

أمَّا ما لا يُعرف إلَّا من جهته كقَصْدِه الرجوع، فيُقبل قولُه فيه.

وكل ما مر تطبيق بالقراءة العامة للدعوىٰ في المذهب المالكي.

١٦٩- نصوص:

أ- زروق ج٢ ص١٢:

من اشترىٰ من العدو شيئًا أخذه في حربه لا يؤخذ منه إلَّا بالثمن

وما فُدي من اللصوص هل يأخذه ربُّه بغير شيءٍ، أو لا يأخذ إلَّا بما فدىٰ به؟ قولان حكاهما ابن بشير.

الشرح الكبير، ج٢ ص١٩٨-١٩٩:

والأرجح في المال المفدىٰ من لصٍّ ونحوه؛ كمحارب، وغاصب، وظالم، من كل مال أخذه من صاحبه بغير رضاه، **ولم يمكن الوصول إليه إلَّا بالفداء الذي يفدىٰ به مثله عادة** [يأخذه بما فدىٰ به] ومقابل الأحسن [الأرجح] أخذُه بلا شيء مطلقًا؛ لأنَّ اللص **ليس له شبهة ملك**، بخلاف الحربي.

ابن ناجي ج٢ ص١١:

واختلف المذهب فيما فدي من أيدي اللصوص فقيل: يأخذه [ربه] مجانًا، وقيل: بل بالثمن الذي فداه به، قال ابن عبد السلام: وهو الذي كان يميل إليه بعض من يرضىٰ من شيوخنا؛ **لكثرة النهب في بلادنا**، فيعمد بعض من له وجاهة عند الأعراب فيفتكُّه من أيديهم بأقلَّ من قيمته، فلو أخذه مالكه من يد من فداه بغير شيءٍ، كان سدًّا لهذا الباب، مع شدة حاجة الناس إليه، وبه كان شيخنا أبو محمد الشبيبي رَحِمَهُ اللهُ يُفتي ويوجهه بما تقدَّم قائلًا: إلَّا أن يكون ربها يقدر علىٰ أن يخلصها بلا شيء، ولا يبعد أن يكون هو **مراد من ذهب إلىٰ القول الثاني**.

حاشية ميارة: ج٢ ص١٨٣:

قاسم العقباني: للرجل الرجوع علىٰ أهل القرية بما صالح به من المال علىٰ حفظ أموالهم وأمتعتهم من أخذ الغصاب.

التسولي، ج١ ص١٧٣:

إذا أدىٰ شخص خراجًا علىٰ رَبْعٍ لئلَّا يأخذه السلطان، **وربه غائب**، فالمؤدي للخراج **مقدَّم علىٰ الغرماء**؛ إذ لولا الخراج لأخذ الغاصب الرباع؛ كمن فدىٰ متاعه من أيدي اللصوص، فهو أحق به. قاله التونسي وغيره.

ب- التسولي، ج٢ ص٢٧٣:

ومحله [دفع الفداء] إذا لم **يقدر به** علىٰ تخليص متاعه من غير شيء، وإلَّا فيأخذه من فاديه بغير عوض، ومحلُّه أيضًا إذا فداه **بقصد ردِّه إلىٰ ربه**، وأمَّا إن فداه أو اشتراه **بقصد تملُّكِه**، فإنَّ ربَّه يأخذه من يده مجانًا كالاستحقاق.

حاشية ميارة: ج٢ ص١٨٣:

من دفع مالا لفداء مطمورة لرجل وقد تمكَّن الغاصبُ مِن أخْذِها، ولولا ما دفع عنه لحملها ولا يمكن تخليصُها بعد ذلك، ولا **بأقلَّ منه**، **وكان ذلك نظرًا لربِّها**، فله الرجوع عليه بما دفع.

جـ- ابن هلال، ص٧٩:

وأمَّا مَن فدىٰ مغصوبًا بأقلَّ من قيمته علىٰ أنه مهما جاء ربه أخذ، وأخذ منه ما فدىٰ به، فلم يأتِ ربُّه حتىٰ هلك أو سُرق، **فلا ضمانَ علىٰ الفادي، ولا علىٰ ربه نفقته ومؤنته إذا أخذه**، وهل عليه ما فداه به وأخذه؟ في ذلك خلاف معروف.

التسولي، ج٢ ص٢٧٤:

إذا تلف الشيء المفدىٰ بعد الفداء **وقبل الوصول** إلىٰ ربه، فإن ذلك مصيبة نزلت بالفادي، ولا شيء له علىٰ ربه من ثمن الفداء، **ولا من النفقة وأجرة الحمل**، بخلاف ما إذا أوصله إليه، فإنه يحب ذلك كله.

د- حاشية ميارة: ج٢ ص١٨٣:

قول ابن عبد السلام: «فلا يجوز له [للفادي] الأجرة؛ لأنه سلف وإجارة» إلخ، ربما يغتفر **هذا للضرورة**؛ لأن الفادي إن لم يعط الأجرة، يقصر في هذا، فيتضرر أرباب الأموال، وكم اغتفر الناس من أمثال هذا مسألة السفانج والضرورة في اللصوص أقوىٰ من السفانج بمراحل فمن قطع عليه الطريق جماعةٌ من هؤلاء وذهبوا بأمواله ولا سلطان يرجع إليه فيها **إذ لا حكومة لسلطان المسلمين عليهم غالبًا**، كما هو مُشاهَد ولا شاهد فيشهد عليهم مع تفرقهم بعد أخذ الأموال وقسمتها، فكيف يكون حال هذا المنهوب ماله؟ وأي ضرورة أعظم من هذه؟

فيظهر الاتفاق في المسألة علىٰ اغتفار سلفٍ جرَّ نفعًا، وكذا سلف وإجارة(١)

---

(١) في (أ) العمليات العامة ص٢٧٩، التاودي ج٢ ص٢٧٣.

و(ب) الحطاب ج٤ ص٢٥١، الشرح الكبير والدسوقي ج٢ ص١٩٨-١٩٩.

و(د) ابن سلمون ج٢ ص٤٧، زروق ج٢ ص١٢، ابن ناجي ج٢ ص١١، التاودي ج٢ ص٣٧٣، التسولي ج٢ ص٣٧٣ و٣٧٤، الدسوقي ج٢ ص١٩٩.

٧ - التقاط المال الضائع

١٧٠- اللقطة في نصوص الفقه المالكي: مال محترم شرعًا، عرض للضياع، ولا يعرف صاحبه. وقصدوا بالمال المحترم شرعًا، مالًا يجوز التصرف فيه بغير إذن مستحقِّه، وبما عرض للضياع مالم يكن في يد حافظة ولو حكمًا.

واللقطة تمتاز عن غيرها من الأموال الأخرىٰ التي تستدعي الحفظ علىٰ أربابها، أنها كانت موضوعًا تنظمه نصوص من السنة، فتأثر بهذه النصوص، فخرج -أحيانًا- علىٰ القواعد العامة في التصرف عن الغير الذي تبرره منفعة الغير، في المذاهب المختلفة، ولكنَّه -إلىٰ حدٍّ كبير- تأثر بهذه القواعد العامة، واصطبغت أحكامه التي كان مصدرها الأول السنة، في كل مذهب بلون الاتجاه الذي يسوده في شأن التصرف عن الغير.

ودراسة هذا الموضوع ستساعدنا في تمييز هذه الاتجاهات:

١٧١- والمذهب المالكي في اللقطة يبدأ بالتفريق بين فرضين:

الأول: أن يأخذ الملتقط اللقطة يقصد حِفظَها علىٰ ربها.

والثاني: أن يأخذها بنية تملكها لنفسه.

ففي الفرض الأول، يشرع أخذها، ويكون الملتقط مولىٰ علىٰ حفظها، ويترتب علىٰ هذا أن تكون يده عليها يد أمانة، فعليه أن يبذل في حفظها الجهد المعتاد، فإن هلكت في يده من غير تعدٍّ ولا تفريط، لم يضمنها.

والملتقط -وهو أمين علىٰ الحفظ بالشرع- كالمودَع -وهو أمين علىٰ الحفظ

بالعقد- إذا دفعها لغير من يثق بأمانته -ولو لأجل تعريفها- فهلكت، ضمنها، ولكنه -بخلاف المودع- إذا دفعها لمن يثق بأمانته -ولو من غير عذر- لم يضمنه، وسِرُّ التفرقة أنه في الوديعة قد تعيَّن بالعقد لحفظها، وهنا لم يتعين لحفظها.

ومن التفريط أن يتراخىٰ في تعريفها، فإذا هلكت ضمنها.

١٧٢- وما دام قد أخذها يقصد حفظها لربها، والسعي لوصوله إليها بتعريفها، فإنه يعتبر ملتزمًا لذلك، وتطبيقًا لقاعدة الالتزام في المذهب المالكي، لا يجوز له التخلي عن حفظها ولا تَرْكِ تعريفِها.

١٧٣- ويملك كل فعل هو حفظ لها، وسبب لوصول ربها إليها، فله النفقة عليها، والاستئجار علىٰ حملها، والاستئجار علىٰ تعريفها إن لم يعرف مثله، وله كراؤها لأجل النفقة عليها، إذا كان كراء مأمونًا لا يخشىٰ عليها منه، وكان بقدر ما تحتاج إليه من النفقة، وله بعد مضي سنة من التعريف أن يبيعها ويقبض ثمنها، ويمضي البيع حتىٰ لو جاء ربها وقد هلك الثمن في يده، فلا رجوع له علىٰ المشتري باللقطة ولا بثمنها.

وفي هذه التصرفات -كما نرىٰ- التصرف الفعلي والتصرف القولي، وكل ذلك مضىٰ علىٰ ربِّ اللقطة، وإن كان صدر من غير ولي عليه ولا وكيلٍ له.

١٧٤- وللملتقط أن يرجع علىٰ ربها بجميع ما خسره عليها من نفقة أو مؤنة أو أجرة، ويتعلق هذا الدين برقبة اللقطة، وترتيبًا علىٰ ذلك:

١- لربها أن يتخلَّىٰ عنها في نظير ما يراد الرجوع به عليه بسببها.

٢- للملتقط أن يحبسها في هذا الدين، ولا يكون لربها أن يأخذها قبل دفع ما وجب عليها.

٣- يتقدم الملتقط في هذا الدين غرماء صاحبها، يتقدمهم فيها.

١٧٥- وإذا اختلف الملتقط ورب اللقطة في أصل التقاطها، فادَّعىٰ الملتقط أنه التقطها للحفظ قبل قوله؛ لأنه يدعي قصده ونيته، وهو أمر لا يعرف إلَّا من جهته.

أمَّا ما يدَّعيه من نفقة ونحوها، فيلزمه الإثبات بالبينة.

١٧٦- نصوص:

أ- ابن الحاجب، ورقة ١٠١/ب:

ويلتقط المتاع بساحل البحر المطروح خوف الغرق، وبالفلاة لعدم الراحلة لأربابها، وعليهم أجرة حمله.

ب- المدونة، ج١٥ ص١٧٨:

قلت: أرأيت من التقط لقطة فضاعت منه، فأتىٰ ربها، أيكون عليه شيء أم لا؟ قال: لا شيء عليه.

الشرح الكبير، ج٤ ص١٥٩:

ومثل **الراعي الملتقط**، فيُصدق إن ادَّعىٰ خوف موت فنحر.

الدسوقي، ج٤ ص١٢٠:

فإذا ضاعت [اللقطة] ممن يثق به، فلا ضمان، والفرق بينه وبين ضمان المودع إذا أودع ولو أمينًا، أن ربها هنا **لم يعيِّنه لحفظها**، بخلاف الوديعة إن كان ممن يعرف مثله واستأجر من يعرفها وضاعت منه، ضمن.

الشرح الكبير، ج٤ ص١٢١:

و... ضمن لو تراخىٰ في التعريف حتىٰ هلكت.

ج- الشرح الكبير، ج٤ ص١٢١:

يضمن في ردِّها لموضعها أو غيره بعد أَخْذِها للحفظ؛ أي للتعريف، إلَّا أن يردَّها لموضعها بقرب من أخذها فضاعت؛ فتأويلان في الضمان وعدمه، فإن أخذها لغير الحفظ وردها بقرب، فلا ضمان قطعًا.

وفي ص١٢٠:

وجب تعريف ... الملتقط سنة كاملة بنفسه، أو بمن يثق به أو يأجره منها -أي من اللقطة- إن لم يعرف مثله.

الدسوقي، الموضع ذاته:

وظاهر اللخمي أن للملتقط أن يدفعها لمن يعرِّفها بأجرة منها، ولو كان ممن يلي تعريفها بنفسه **إذا لم يلتزمه**.

د- ابن الحاجب، ورقة ١٠٢/ظ:

وله [للملتقط] أن **يكري** البقر وغيرها في علوفتها كراء مأمونًا.

وله بيع ما يخاف ضيعته **بغير إذن الحاكم**، بخلاف ما **لا** مؤنة في بقائه.

الشرح الكبير، ج٤ ص١٢٣:

وله كراء بقر ونحوها في علفها كراء مأمونًا **لا** يخشىٰ عليها منه مياومة، أو مشاهرة، أو وَجِيبة وله ركوب دابة من موضع **الالتقاط** لموضعه، وإن لم يتيسر قودها و إن أكراها في أزيد من علفها أو غير مأمون، أو ركبها بغير موضعه، ضمن القيمة إن هلكت، وما زاد علىٰ علفها وقيمة المنفعة إن لم تهلك وإن **باعها** الملتقط بعد السنة التي عرفها بها، فما لربها **إلَّا الثمن** الذي بِيعت به، **والبيع ماضٍ**، يرجع به علىٰ الملتقط **ولو عديمًا** لا علىٰ المشتري ولو مَلِيئًا.

الدسوقي، الموضع ذته:

والظاهر أنه إذا أكراها كراء مأمونًا وَجِيبَة، ثم جاء ربها قبل تمامه، **فليس له فسخه**؛ لوقوع ذلك العقد بوجه جائز.

المواق، ج٦ ص٧٩:

قال ابن القاسم: وإن وجدت بيد من ابتاعها من المساكين، فله أَخذُها، ثم يرجع المبتاع علىٰ الملتقط. ابن يونس: جعل ابن القاسم أن لربها نقض البيع الذي باع المساكين لها، وليس له نقض بيع الملتقط لها، والفرق أن الملتقط **باعها خوفًا من ضياعها**، وأوقف لها ثمنها فلم ينقض بيعه؛ لقوله ﷺ: «**فشأنك بها**» والمساكين إنما **باعوها علىٰ أنها ملك لهم**؛ فلمستحقها نقض بيعهم كنقضه بيع المشتري في الاستحقاق.

هـ- المدونة، ج١٥ ص١٧٦:

قلت: فإن جاء صاحبها وقد أنفق علىٰ هذه الدواب، أيكون عليه نفقتها؟ قال: قال مالك: نعم، **علىٰ صاحبها ما أنفق هذا عليها، ولا يأخذها** حتىٰ يعطيه ما أنفق عليها. وقال مالك في الإبل إذا اعترفها صاحبها وقد أنفق عليها: أن له ما أنفق عليها إن أراد صاحبها أن يأخذها، **وإن أراد أن يسلمها فليس عليه شيء**... قال مالك - في المتاع يلتقطه الرجل أراه لصاحبه ويدفع إلىٰ هذا الكراء الذي حمله له [كذا]، فكذلك الغنم والبقر إذا التقطها رجل فأنفق عليها الملتقط إلّا أن يشاء ربها أن يسلمها قال: إذا أراد صاحبها أخذها، لم يكن له أن يأخذها حتىٰ يغرم لهذا ما أنفق عليها بأمر السلطان، **أو بغير أمر السلطان في قول مالك.**

حجازي، ج٢ ص١٠٨:

لا يرجع بالنفقة عليها [اللقطة] في الذمة بل رقبتها.

المدونة ج١٤ ص٢٠:

قلت: أرأيت الضالة، أليس له ما أنفق عليها وليس لصاحبها أن يأخذها حتىٰ يعطيه نفقتها في قول مالك **ويكون أولىٰ بها من الغرماء** حتىٰ يقبض نفقته، وقد أنفق **بغير أمر ربها**، فَلِمَ قال مالك -في الضالة-: هو أولىٰ بها، وفي نفقة الرهن لِمَ لا يكون أولىٰ بها؟ قال: لأن الضالة لا يقدر علىٰ صاحبها، ولا بد له من أن ينفق علىٰ الضالة.

و- المدونة ج١٥ ص١٧٨:

قلت: فإن قال رب المتاع: إنما التقطتها لتذهب بها، وقال الذي التقطها: إنما التقطتها لأعرِّفها؟ قال: القول قول الذي التقطها، قلت: أسمعته من مالك؟ قال: لا

٨ - رد الآبـق

١٧٧- الآبق هو الرقيق الهارب من ربه، وأهمية الموضوع تظهر من أنه يحدد الاتجاهات في المذاهب المختلفة، في شأن الرجوع بالعوض في التصرف النافع عن الغير، فعند الكلام عليه تبحث الكتب الفقهية عادةً حُكمَ العمل النافع الذي يقدمه الشخص من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه أو يؤاجر عليه، وهل يستحق العامل عليه عوضًا، أم يعتبر متبرعًا؟ والآبق إذا كان ربه غير معروف كان حكمه حكم اللقطة، أمَّا إذا كان ربه معروفًا، وأخذه شخص ليحفظه علىٰ ربه، فيكون حكمه حكم ما يجاعل عليه عادة، إذا فعله شخص دون أن يتقدم الجعل من ربه.

ورد الآبق قد وردت في حكمه آثار في شأن الأجر عليه، وتحديد هذا الأجر، إلَّا أن المذهب المالكي **لم يأخذ بهذه الآثار**، واختار تطبيق القاعدة العامة التي تحكم العمل النافع فيه.

١٧٨- وحكمه في هذا المذهب، أنه يجوز للشخص أن يأخذه ليردَّه علىٰ صاحبه، ويرجع عليه بعوض رده وإن لم يسبق من ربه التزام به؛ لأنه عمل لا بد للمالك منه، فمن عمله بدون أمره استحقَّ أجر مثله، ويجب لهذا أن تتوافر شروط:

أولًا: ألَّا يكون الرد واجبًا علىٰ الراد، أمَّا إن كان الرد واجبًا عليه بأن أمكن أن يردَّه بدون جهد ولا خسارة، فلا حق له في الأجر، ليس لأنه لم يفتقر بشيء، بل لأن الرد واجب عليه في هذه الحالة، ولا أجرَ علىٰ واجب.

ثانيًا: أن يقصد الرجوع علىٰ المالك بالأجر، أمَّا إن قصد التبرع، فلا حقَّ له في الرجوع.

ثالثًا: أن يكون من رده شأن مثله أخذ الأجرة علىٰ رده.

فإذا توافرت هذه الشروط، وجب علىٰ المالك أجرة مثل الرد، ولكن يبقىٰ له حق التخلي عنه في نظير هذه الأجرة.

ولما كان الرد للراد الولاية عليه، فالآبق في يده قبل وصوله إلىٰ ربه أمانة، يبذل في حفظها الجهد المعتاد، فلا يسأل عن هلاكه بغير التعدي والتفريط، ويرجع علىٰ ربه بما يخسره من نفقة عليه أو مؤنة.

١٧٩- وحكم ما شرد من الإبل ونحوها حكم الآبق في جميع ما سبق، فلمن رده أجر المثل علىٰ ربه، وإن لم يلتزم ربه جعلًا، أو التزم ولكن لم يسمع الراد بالتزامه.

وظاهر النصوص، أن حكم الآبق والشارد هو حكم كل عمل يجاعل علىٰ مثله إذا عمله شخص بدون جُعل، وهذا ما تقضي به القاعدة العامة.

١٨٠- نصوص:

أ- الشرح الكبير، ج٤ ص١٢٧:

يندب لمن وجد آبقًا وعرف ربَّه، أن يأخذه له؛ لأنه من باب حفظ الأموال. وكلامه [خليل] محمول علىٰ ما إذا لم يخش ضياعه، وإلَّا وجب أخذُه له.

الدسوقي، الموضع ذاته:

قوله: «لأنه من باب حفظ الأموال»؛ فيه أن التعليل يقتضي الوجوب، وإنما اشترط معرفة سيده؛ لأجل أن يخبره به من غير إنشاد وتعريف.

المدونة، ج١٥ ص١٧٧:

قلت: أرأيت الآبق إذا أصابه الرجل في المصر، أو خارجًا من المصر، أفيه جعل عند مالك أم لا؟ قال: سألنا مالكًا عن الرجل الآبق إذا وجده الرجل

فأخذه وطلب جُعله، أترىٰ فيه جعلًا؟ قال: قال مالك: أمَّا من طلب ذلك، **إن كان ذلك شأنه** وطلبه وهو عمله، فأرىٰ أن يُجعل له جُعلٌ، قال مالك: وعندنا قوم هذا شأنهم، **وفي هذا منافع للناس، وأمَّا** مَن ليس **ذلك** شأنه وإنما وجده فأخذه، فإنما له فيه **نفقتُه** ولا جُعلَ له. قلت: هل كان مالك يوقِّت في الجعل شيئًا؟ قال: ما سمعت **أنه وقَّت فيه** شيئًا، وأرىٰ أن يعطىٰ **علىٰ قدر بُعد الموضع** الذي أخذه فيه بالاجتهاد.

الذخيرة، ج٤ ورقة ١٥٤/ب - ١٥٥ ظ:

نفقة الآبق تجب بناء علىٰ الملك ولا تجب قياسًا علىٰ الغيبة، وليس شأن الناس من طلب الآبق فوجبت الأجرة **إلَّا أن تكون قرينة تدل علىٰ التبرع من كونه ليس شأنه ذلك.** قال اللخمي: لو لم يسمع الآتي بالآبق قول سيده: من جاءني فله كذا، لم يكن له شيء، إلَّا أن يكون شأنه الإتيان بالآبق، **فله جعل مثله،** كما لو جاء به قبل القول، وجعل له ابن حبيب بعد القول الجعل؛ سمع أم لا، كان ذلك شأنه أم لا، قال: وهو أحسن إذا قال: لم أتطوع، وله الأقل من المسمىٰ أو جعل مثله [كذا]، فإن جاء به من سمع قول سيده وقال: لم أعمل علىٰ قول السيد؛ **لأن لي طلب ذلك،** وإنما استفدتُ من قوله أن العبد أبق، حلف وأخذ **جعل مثله إن كان أكثر من المسمىٰ،** فإن طلب من يعلم موضعه، فلا شيء عليه؛ لأن ذلك واجبٌ عليه. قاله ابن حبيب، وقال ابن القاسم: يعطىٰ بقدر تعبه، قال: وهو أحسن إن كان سيده لا يخرج له بنفسه، وإلَّا فلا شيء له؛ **لأنه لم يوفر علىٰ السيد شيئًا.**

الدسوقي، ج٤ ص٦٥:

قوله: «فله [راد الآبق] أجرة عمله» إلخ؛ أي فله ما أنفقه حال تحصيله علىٰ نفسه وعلىٰ العبد؛ من أجرة دابة، أو مركب اضطرَّ لها، **بحيث لم يكن الحامل علىٰ صرف تلك الدراهم إلَّا تحصيله؛** لأن تلك الدراهم بمثابة ما فدىٰ به من ظالم. وأمَّا ما شأنُه أن ينفقه العامل علىٰ نفسه في الحضر؛ كالأكل، والشرب، فلا يرجع به علىٰ ربه، **وإن كان السعر متفاوتًا؛** بأن كان المأكول في

محل العامل أرخص منه في البلد التي سافر إليها لتحصيل العبد؛ **فإنه يرجع بما بين السعرين من تفاوت.**

زروق، ج٢ ص١٤٧:

ولو جاء **بضالَّةٍ ابتداءً،** فله أجر مثله إن كانت عادته الأجرة علىٰ الآبق، وكان سيده ممن **لا** يتولىٰ ذلك بنفسه، **ولربه أن يتركه ولا يدفع أجرًا.**

الحطاب، ج٥ ص٤٥٥:

وقال ابن سلمون: ومن ردَّ آبقًا أو ضالة من غير عمل، **فلا جُعل** له علىٰ ردِّه، ولا علىٰ دلالته؛ لوجوب ذلك عليه.

الشرح الكبير، ج٤ ص٦٤-٦٥:

ولربه -أي الآبق مثلًا- تركُه للعامل حيث لم يسمع من عادته طلب الضوال وأتىٰ به ربه، كانت قيمته قدر جعل المثل أو أقل أو أكثر، ولا مقال له.

بخلاف ما إذا سمعه سمىٰ شيئًا ولو بواسطة، فله ما سمَّاه، ولو زاد علىٰ قيمة العبد؛ لأنَّ ربَّه ورَّطه.

٩ - تصرف ملتزم الحفظ

١٨١- المودع -مثلًا- وكيلٌ علىٰ حفظ الوديعة، والوكيل لا يملك غير ما وُكل فيه، فإذا تصرف في الوديعة تصرفًا لم يؤذن به صراحةً أو ضمنًا، خرج عن حدِّ الأمانة إلىٰ حدِّ الضمان، وذلك يشمل كلَّ تصرُّفٍ لا يملكه بعقد الإيداع، وكل تصرُّفٍ يملكه يُقبَل قولُه فيه ولو لم يقم البينة، فيصدق إذا ادَّعىٰ دفعها لمن في عياله؛ كزوجته، وأولاده إذا جرت به العادة.

ولكن قد تطرأ ظروفٌ تستدعي تصرُّفَ المودع في الوديعة بمالم يملكه بالعقد، مما يوجب حفظ الوديعة، وما دام الشخص الأجنبي يملك ذلك في أغلب الأحوال -كما سبق- فإن المودع يملكه بالأولىٰ.

١٨٢- مثلًا من أحكام الوديعة أنه لا يجوز للمودع أن يدفع الوديعة إلىٰ غيره ولو كان أقوىٰ منه علىٰ الحفظ، وأعظم أمانة فيه؛ ذلك أن ربها رضي أمانته بتعيينه ولم يرضَ غيرَه، ولكن قد تحدث ظروف يكون فيها من مصلحة ربِّ الوديعة أن تُدفع إلىٰ الأمين، وإن لم يعيِّنه.

فإذا طرأ علىٰ المودع سفر، أو حدثت لمنزله عورة، أو غشيه لصوص، فدفعها إلىٰ من يظن نجاته بها، فإن تصرُّفَه هذا جائز، وإن كان في صورة إيداع مال الغير بدون ولاية ولا وكالة، ولما لم يكن هذا التصرف من موجبات العقد، فإن عليه لكي يدفع عن نفسه الضمان، أن يشهد علىٰ الضرورة التي دفعته إلىٰ هذا

التصرف ليُقيم البيِّنة عليها عند الخصومة، **فإذا قامت البينة بالضرورة قُبِل قولُه في دفعها وبرئ من الضمان.**

١٨٣- وللمودع ولو لم يأمره ربُّ الوديعة، أو الحاكم أن يُنفق عليها بالمعروف، فإذا قصد الرجوع بما ينفقه ملك الرجوع علىٰ ربها، ويجب لرجوعه أن يقيم البينة علىٰ النفقة، أو علىٰ بقائها عنده مدة النفقة.

١٨٤- نصوص:

أ- الرصاع، ص٣٤١:

فإن قلت: إذا **أودعها** لضرورة سفر أو عورة منزله، **صح له ذلك**، وأين الإذن؟ قلت: الإذن هنا **عادي أو شرعي.**

المواق، ج٥ ص٢٥٧:

ابن عرفة: سفره وخوف عورة منزله، عذر. أبو محمد: ولا يضمنها **ولو دفعها بغير بينة.** ابن يونس: كدفعه لزوجته وخادمه وينبغي علىٰ أصولهم إن لم تقم به بينة، أن يضمن؛ لأنه دفع إلىٰ غير من دفع إليه، لكنهم لم يضمنوه؛ للعذر.

الحطاب، ج٥ ص٢٥٢:

ويجوز أن يودعا [الصبي والعبد المحجور] **ما خيف تلفه** بيد مودعه إن ظن صونه بيد أحدهما؛ لاحترامهما، وثقتهما كأولاد المحترمين وعبيدهم عند نزول بعض الظلمة ببعض البلاد، ولقاء الأعراب القوافل، **والأصل في هذه النصوص الرأفة علىٰ حفظ المال والنهي عن إضاعته؛** قال اللخمي: **في البخاري ومسلم قال:** النبي ﷺ **نهىٰ** عن إضاعة المال.

الشرح الكبير، ج٣ ص٤٢٤:

وضمن بإيداعها عند أمين؛ لأنَّ **ربها لم يأتمن غيره،** بخلاف الملتقط؛ فله **الإيداع ولا ضمان عليه** إلَّا لعورةٍ حدثت للمودع، والمراد بالعورة: كهدم الدار، وجار السوء، أو لإرادة سفر طرأ عليه عند عجز الرد لربها غائبًا

أو مسجونًا مثلًا، **فيجوز له إيداعها**، ولا ضمان عليه ووجب عليه الإشهاد بالعذر، وهو العورة والسفر، ولا يُصدَّق إن ادَّعىٰ أنه إنما أودع للعذر بلا بينة، ولا بد من معاينة البينة للعذر.

ب- المدونة، ج١٥ ص١٥٧:

قلت: أرأيت إن استودعني رجلٌ إبلًا أو بقرًا أو غنمًا، فأنفقت عليها بغير أمر السلطان، أيلزم ذلك ربها أم لا؟ قال: سئل مالك عمَّا يشبه هذا عن رجل استودع رجلًا دابَّةً فغاب عنها صاحبها، وقد أنفق عليها المستودع؟ قال: يرفع ذلك إلىٰ السلطان **فيبيعها ويعطيه نفقتها** التي أنفق عليها، إذا أقام علىٰ ذلك بينة أنه استودعها إيَّاه، قلت: أرأيت إن لم يكن له بينة علىٰ النفقة ولكن له بينة علىٰ أنها عنده منذ سنة، فادَّعىٰ أنه كان ينفق عليها سنته تلك؟ قال: له النفقة، إذا قامت له بينة أنها وديعةٌ عنده.

١٠ - الوصاية الاضطرارية

١٨٥- حالة تعرض لها النصوص في أقدم عهودها، وفي مختلف المذاهب، ويبدو أنها كثيرة الوقوع، تلك حالة الشخص يكون مسافرًا فيموت في مكانٍ لا وصيَّ له فيه، ولا حاكم، فيتولىٰ رفيقه أو رفقاؤه تركته بالتصرف فيها بما يرونه صلاحًا من بيع أو غيره، فما الحكم في ذلك؟ بالنسبة للمذهب المالكي، لم يجد الفقهاء صعوبةً في التسليم بأنَّ للرفقة الولاية علىٰ أن يتصرفوا في التركة بما يكون للوصي أن يتصرف به؛ سواءٌ كان ذلك تصرفًا قوليًا أو فعليًّا، حتىٰ يصل إلىٰ أوصيائه الشرعيين، أو إلىٰ ورثته، إلَّا أنهم استحسنوا أن يجتمع الرفقة علىٰ ذلك التصرف، أو علىٰ أن يتولَّاه أحدُهم أو من غيرهم.

١٨٦- نصوص:

الحطاب، ج٤ ص٣٩٣:

ذكر البرزلي في كتاب السلم عن أبي عمر، أن من مات في سفر **بموضع لا قُضاةَ فيه ولا عدول**، ولم يوصِ، **فاجتمع المسافرون** وقدموا رجلًا باع هناك تركته، ثم قدموا بلد الميت فأراد الورثة نقض البيع إذا لم يبع بإذن حاكم، وبلده بعيد من موضع الموت، أن ما فعله جماعة الرفقة **من بيع وغيره فجائز**، قال: وقد وقع هذا لعيسىٰ بن مسكين، وصوَّب فعله **وأمضاه**. وذكر الداودي أنه مر بتركة رجل غريب يذكر أنه من أحواز فاس وورثته مجهولون[1]، ودفع الثمن إلىٰ

(١) كذا وفيه سقط معناه باع تركته أو نحو ذلك.

ثقات من أهل المغرب وأمرهم بالبحث عن ورثته، فإن يئس منهم تصدَّق به علىٰ الفقراء، وذكر رجلٌ أنه تسلف من الميت دينارًا، فأمره بدفعه لأولئك الثقات **ويبرئه ذلك،** إذا أشهد علىٰ الدفع.

١١ - الخسائر البحرية المشتركة(١)

١٨٧- وضع المسألة وتأسيسها:

إذا خِيف غرق السفينة ورجيت نجاتها برمي بعض حمولتها، تنشأ حالة

---

(١) نقصد ما يطلق عليه: (The general average les avaries communes) ويسميه الفقه العربي «الخسائر البحرية العمومية»، أو «الخسائر البحرية المشتركة»، وقد اخترنا التعبير الأخير.

وهذا النظام عرف منذ القدم في حوض البحر الأبيض المتوسط، عرفه الفينيقيون، ولما استولىٰ الرومان علىٰ جزيرة رودس كان من بين ما وجدوا تلك القاعدة المسماة (lex rhodia de jactu)، والتي تقابل هذا النظام، فتبنوها ونظموها تشريعيًا.

انظر: الأنطاكي والسباعي: الحقوق التجارية البحرية ج. .ص. . [سقط من الأصل ذكر الجزء والصفحة (الناشر)].

Mackenzie, studies in roman law, p.266.

وقد أخذت بهذا النظام العادات التجارية البحرية في العصر الوسيط، ثم انتقل إلىٰ التشريعات الحديثة ومن بينها التقنينات العربية. أما في الفقه الإسلامي؛ فلم يأخذ بها في الغالب غير المذهب المالكي، ولكننا لا نعتقد وجود صلة بين احتكاك هذا المذهب بالشرائع والعادات التجارية التي سادت حوض البحر الأبيض المتوسط -ونحن نعلم أن المذهب المالكي ترعرع في جنوبي البحر المتوسط- نقول: لا نعتقد وجود صلة بين احتكاك هذا المذهب بتلك الشرائع وبين ظهور فكرة نظام الخسائر البحرية المشتركة فيه، ونبني هذا الرأي علىٰ أسباب:

أولًا- أصالة الفكرة في النصوص الأولىٰ للمذهب المالكي.

ثانيًا- أنها تنسجم مع القواعد العامة فيه.

ثالثًا- قال بها فقهاء المشرق من المالكية كما قال بها فقهاء المغرب.

وإذًا فسبب التشابه هو وحدة التفكير الإنساني.

ضرورة تعطي ربان السفينة أو ركابها حقَّ رمي بعض الحمولة؛ لإنقاذ الباقي، أو إنقاذ السفينة، وهذا تطبيق للقواعد العامة فالواجب علىٰ أصحاب الحمولة، حِفظُ أموالهم وأنفسهم؛ فمن يقوم عنهم بذلك يقوم عنهم بواجبٍ، ويكون له في ذلك بإذن الشرع حكم من أذن له بالقول.

فإذا سلمت السفينة أو الحمولة بسبب الطرح، التزم أصحاب الأموال السالمة بتعويض أصحاب الأموال المطروحة، ويكون هذا التعويض في صورة «الاشتراك»؛ أعني اشتراك من طرح ماله ومن لم يطرح متاعه ونجىٰ بالطرح في الخسارة، بحسَب قيمة مال كلٍّ منهم.

وهذا الالتزام بالتعويض بأن كان الطارح طرح ماله الخاص سببه الفعل النافع، فهو مثل من أنفق ماله لحفظ مال غيره، يستحق الرجوع عليه؛ تطبيقًا للقاعدة العامة «قاعدة المنفعة»، ويمكن أن يفسر بهذا أيضًا طرح الشخص مال غيره لنجاة مال الآخرين، باعتبار أنه قام عن المطروح ماله بما كان له أن يقوم به[1]. ومما سبق نجمل شروط الاشتراك في الخسارة أولًا: بأن تكون الخسارة اختيارية؛ بأن تطرح بقصد إنقاذ الباقي.

---

(١) وهذا الالتزام يؤسس في الفقه الحديث علىٰ نظرية الإثراء بلا سبب، وفي رأي: أنه يؤسس علىٰ «اتفاق ضمني بين المجهز والشاحنين يشتركون بمقتضاه في تحمل المخاطر التي تعرض لها الرسالة البحرية». وقد انتقد الرأي الأول بعدم وجود الإثراء، كما انتقد الرأي الثاني بأنه رأي تعسفي، وبأن أصحاب الأموال الهالكة يرجعون علىٰ أصحاب الأموال الناجية بدعوىٰ مباشرة وليس بينهم اتفاق صريح أو ضمني. انظر:

"Walton , the egyption law of obligations, vol.2, p.178.

مصطفىٰ طه: أصول القانون البحري، فقرات: ٩١٥-٩١٧، ص٨٥٨-٨٥٩. وفي الفقه الإنجليزي يؤسس الالتزام علىٰ أساس العقد الضمني (the implied contract). راجع ص٣٣ بالهامش.

وانظر: halsbury, the laws of England, vol.7,p464.

وفي المذهب المالكي، ليس من سبيل إلىٰ تأسيسها علىٰ قاعدة الإثراء بلا سبب؛ لعدم وجود هذه القاعدة، ومع أنه يمكن أن يستنتج من بعض النصوص والأحكام فكرة تأسيسها علىٰ الاتفاق الضمني (انظر -مثلًا- فيما بعد الفقرتين ١٨٩ و١٩٠) إلا أنا نختار تأسيسها علىٰ قاعدة المنفعة كما فعلنا.

وثانيًا: بأن تكون ضرورية للإنقاذ.

وثالثًا: بأن تأتي بالنتيجة المرجوة؛ بأن تنقذ بسببها الأموال.

١٨٨- العناية الواجبة في الطرح:

وحكم الطرح حكمُ كلِّ مَن يتصرَّف لغيره؛ فيجب أن يبذل في تصرفه العناية المعتادة، وأن يقوم به علىٰ وجه السداد، فيرمي الأثقلَ لينجو الأخف، والرخيص لينجو الغالي، وألَّا يرمي إلَّا ما تقتضي الحاجة رميَه، فإن خالف ضمن ما خالف فيه.

١٨٩- الأموال التي تشارك في الخسارة:

والقياس أن يشترك في تحمُّل الخسارة، كلُّ مَن انتفع بها؛ فقد بنينا المسألة علىٰ قاعدة المنفعة، ولكن وقع في المذهب المالكي اختلافٌ في تحديد المنتفع، وبالتالي تحديد من يجب اشتراكه في الخسارة. ويمكن أن نلخص الاختلاف في آراء ثلاثة:

الأول: يرىٰ أن المنتفع من الأموال، كل مال كان علىٰ خطر الهلاك، لولا الرمي، فيدخل فيه جرم السفينة وملحقاتها، وما فيها من الأموال؛ سواءٌ كانت للاقتناء، أو بضائع للتجارة. فكلٌّ ذلك تسلم بسبب الطرح، وانتفع به، فوجب أن يشترك في الغرم.

قال بهذا الرأي سحنون والفقهاء العراقيون من المالكية. وقال محمد بن الحكم: لا يدخل المركب إلَّا إن خيف أن يصدم قاع البحر فرمي لذلك؛ فإنه يدخل في الاشتراك في الخسائر.

الثاني: لا يدخل المركب؛ لأنه لم يستفد في الحقيقة، فلو كان فارغًا لنجا، فتعرضه للهلاك سببه الأحمال الثقيلة، فإذا رميت فقد زال السبب المهلك، ولم يوجد سبب منع.

وروي هذا الرأي وتعليله عن إمام المذهب نفسه.

الثالث: لا يدخل إلا أموال التجارة، فلا يدخل بالإضافة إلىٰ جرم المركب، مال النفقة، وكل أموال الاقتناء، وكل توابع المركب من قوارب وحبال، ونلاحظ أن هذه الأشياء لا تكون في الغالب هي سبب التعريض لخطر الغرق؛ لقلَّتِها وخِفَّتِها، فهي بالنسبة للبضائع التجارية أشبه بالتوابع، وقد صرَّحوا بتعليل هذا الحكم بأنَّ هذه الأشياء هي وسائل، والمقصود بركوب البحر إنما هو التجارة، «ويرجع بالمقاصد في المقاصد».

وهذا رأي ابن حبيب، وأخذ به جمهور الفقهاء المالكيين، وجرىٰ به العمل.

وقريب من هذا الاختلاف، اختلافهم في «النقد» وهو يدخل في الاشتراك في الخسارة؛ فرأىٰ بعضهم أنه لا يدخل؛ لأنه -كما يرون- لا يثقل السفينة، ولا يساعد علىٰ تعريضها للغرق، فلا يكون في الحقيقة منتفعًا بالخسارة ولا غانمًا منها، فلا يتحملها. كما أنه لا يحسب في الخسارة لو طرح؛ لأنه لا ينتفع بطرحه، فهو لخفَّته لا يثقل السفينة إن بقي، ولا يخففها إن طرح.

لقد ذكرنا الأموال، أمَّا في الأنفس؛ فلا يجب التعويض بسبب نجاتها بالطرح، إلَّا إذا كانت الأنفس أموالًا كالرقيق، فيكون حكم الأعواض.

١٩٠- كيفية الاشتراك:

وقد اختلف الرأي في المذهب المالكي في كيفية حساب الاشتراك، وكيف تقدَّر قِيَم الأموال؛ تمهيدًا لتوزيع الخسارة عليها؟ وفي المذهب ثلاثة آراء رئيسية، كلُّها روي عن مالك.

الأول: أن تعتبر القيمة، القيمة موضع الحمل، قالوا: لأن وقت الحمل هو وقت الاختلاط، والغالب أن يكون موضع الحمل هو موضع الشراء، وإذا اتَّحد موضع الشراء، تقاربت أثمان البضائع المشتراة.

الثاني: أن تعتبر القيمة، القيمة موضع الوصول، قالوا: لأنه المقصود بالحمل، والظاهر أن العلة الحقيقية أن القيمة في موضع الوصول تحدِّد المنفعة الواقعية.

الثالث: أن تعتبر القيمة، القيمة موضع الطرح أو في أقرب موضع له، قالوا: لأنه موضع الإتلاف، وفائدة الاختلاف العملية تظهر عند اختلاف القيم بين مواضع الشحن والوصول والتلف، وظاهر النصوص أنهم يقصدون بالقيمة سعر الواحدة، ولا يقصدون قيمة مجموع مال كلِّ شخص.

١٩٠م- أمَّا قيمة مجموع كلِّ مالٍ، فتُحسَب يوم التلف، فلو حدث للبضاعة الناجية عوارٌ بعد الرمي احتُسبت قيمتُها سالمةً، أمَّا لو حدث العوار قبل الرمي فتحسب قيمتها مَعِيبةً.

١٩١- الدعوىٰ والإثبات:

يقبل قول الطارح أنه طرح للهول، وبقصد حفظ الأموال الأخرىٰ، وفي هذا مخالفة للقواعد العامة؛ فالقاعدة أن الأمين إذا ادَّعىٰ الضرورة، أو بعبارة أخرىٰ، إذا ادَّعىٰ -عند الإتلاف- السبب المعفي من المسئولية، أنه لا يقبل قوله إلَّا بالبينة كما قالوا في المودع إذا ادَّعىٰ أنه ذبح الوديعة خوفَ موتها حتفَ أنفِها؛ فإنه لا يصدق إلَّا بالبينة.

وسبب الخروج عن القاعدة العامة في هذا، تعذر البينة في العادة، وقد قالوا في الراعي إذا ادَّعىٰ نحر مأكول اللحم خوف هلاكه، أنه يُصَدق، ولا يلزمه إقامةُ البينة؛ قالوا: «لتعذر الإشهاد عادة، بخلاف سائر المؤتمنين كالمستأجر والمستعير والمودع».

١٩١م- والعادة أن يدعي المطروح له، بكمية ما طرح له وقيمته (سعره).

فإذا ادَّعىٰ الكمية وجحدت دعواه، فيرجع إلىٰ الشربيل (قائمة البضاعة المشحونة)، فيصدق في حدود ما ذكر في القائمة مع يمينه، بشرط أن يكون مما يهلك عادةً لهذا الغرض.

أمَّا السعرُ؛ فالظاهر أنه لا يقبل فيه إلَّا البينة، والحاجة تدعو إلىٰ إقامتها عند اختلاف نوع البضاعة المشحونة عن البضاعة الناجية.

وعند الاتفاق علىٰ السعر والاختلاف في نوع البضاعة، تُقبل دعوىٰ الغارم (صاحب المال الناجي) بيمينه، فإن ادَّعىٰ جهله، قُبلت دعوىٰ المطروح له بيمينه أيضًا.

١٩٢- الخسائر الأخرىٰ فيما عدا الطرح:

تعرض الفقه المالكي لبحث الرمي من بين الخسارات البحرية، وكان شأنه في ذلك شأن الشرائع القديمة؛ ذلك أن الرمي هو الخسارة العادية التي تواجه سفن تلك العصور، وهي سفن خشبية شراعية[١]، ولكن المنطق الفقهي يثير مسألة الخسارات الأخرىٰ (غير الرمي)، فهل يمكن أن يطبق عليها حكم الرمي؟

الظاهر أن تطبيق قواعد المذهب يسمح بذلك، وقد عرضت نازلة تتلخص في أنَّ مركبًا وقع في يد العدو، فدفع الفداء عنه وعن جملة ما فيه، فأفتىٰ في هذه القضية ابن رشد بتوزيع الخسارة والاشتراك في المغرم.

والظاهر أن كل نفقة تبذل للمنفعة الضرورية للبضاعة أو المركب، يكون حكمها حكم الرمي، ويشهد لهذا التطبيق السابق رقم «٦».

١٩٣- الخسائر غير البحرية:

وتعرض هنا مسألة الخسائر التي تحدث للأموال المختلطة في البر كما تحدث في البحر[٢]، والمذهب المالكي قد تعرض لهذه المسألة، ومع أن الظاهر لا يسمح بتوزيع الخسارة فيها علىٰ نحو ما سبق، ويقتضي اختصاص من غرمها فعلًا بها؛ فإنه قد وردت نصوص قضت بتوزيع الخسارة التي تتعرض لها الأموال المختلطة، وتكون سبب نجاتها في نفس الوقت؛ فقد جاء في المدونة -في شأن الماشية التي تجب فيها الزكاة إذا جرت فيها الخلطة- أنه إذا تعدَّىٰ الساعي (جابي الزكاة)، فأخذ ممن لا تجب عليه، فإن كان من خالطه، يجب عليه قدر ما

---

(١) انظر انسيكلوبيدي دالوز كلمة (avaries) فقرة: ٥. وقد جاء فيه:

"...Plus le texte est ancien, plus il donne d'importance au jet"

(٢) قارن في الفقه الحديث: Walton, the egyptian law of obligations, vol 2,p.173-174.

تعدىٰ فيه، لزمه تعويض الدافع عن كل ما دفع، أو كان مخالطه لا تجب عليه الزكاة أيضًا؛ فإنَّ الخسارة تتوزع بينه وبين خليطه الدافع.

وإذا لم نعتبر هذا الحكم من خصوصيات «الخلطة»؛ فمن هذا النص وبالاستئناس بالقاعدة العامة - وبالتطبيقات السابقة، لا نظن أنَّ من الصعوبة تشكيل قاعدة عامة تحكم هذه المسألة علىٰ نحو ما سبق في مسألة الرمي، وعلىٰ هذا تكون النصوص المخالفة جاءت علىٰ سبيل الاستثناء.

١٩٤- النصوص:

أ- الذخيرة، ج٤ ورقة ١٣٩/ظ:

قال ابن القاسم: إذا طرح بعض الحمل للهول شارك أهل المطروح من لم يطرح لهم شيئًا في متاعهم، وكان ما طرح وسلم لجميعهم **في نمائه ونقصه** بثمنه . . . ؛ **لأنهم صوَّنوا بالمطروح ما لهم، والعدل** عدم اختصاص أحدهم بالمطروح؛ إذ ليس أحدهم أولىٰ من الآخر وسواءٌ طرح الرجل متاعه، أو متاع غيره بإذنه أم لا.

وفي ورقة ١٤٠/ظ:

ولا **يضمن** الطارح ما طرح **اتفاقًا** وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يضمن منهم إلَّا الطارح إن طرح مال غيره. وإن طرح مال نفسه فمصيبة منه، ولو استدعىٰ غيره منه ذلك، ووافقونا إذا قال: اقضِ عنِّي دينًا فقضاه، وفي اقتراض المرأة علىٰ زوجها الغائب، واقتراض الوصي لليتيم؛ فإنه يأخذ من مال يطرأ له[1]، لنا: القياس علىٰ هذه الصور **بجامع السعي في القيام عن الغير بواجب؛** لأنهم أجمعين يجب عليهم حِفظُ نفوسِهم وأموالهم؛ فمن بادر منهم قام بذلك الواجب. احتجوا بأنَّ السلامة بالطرح غير معلومة، بخلاف الصياد وبالقياس علىٰ الآدميين، وأمال القنية، لا يتعلَّق بها المطروح، والجواب عن الأول أنه ينتقض بإطعام المضطر؛ فإنه يضمن مع احتمال هلاكه بالأكل،

---

(١) في الفروق «من ماله نظرا له». انظر ج٤ ص٨.

بل يعتمد في ذلك العادة، وقد شهدت بأن ذلك سببٌ للسلامة فيهما، مع احتمال النقيض، وعن الثاني ما تقدم من الفرق [«أن المركب وأموال القنية وسائل، والمقصود بركوب البحر إنما هو أموال التجارة، ويرجع بالمقاصد في المقاصد»].

وقال الطُّرْطُوشي: **القياس** التسوية بين التجارة والقنية؛ لأنَّ العلة صون الأموال، والكل يثقل السفينة.

الفروق، ج٤ ص٩:

وفاعل النفع محصل لعين المال، فناسب أن يستحقَّه أو بعضه؛ لأنَّ موجد الشيء شأنه أن يكون له.

ب- ابن ناجي، ج٢ ص١٥٥:

ويرمىٰ الأثقل والأقل ثمنًا، فإن تفاوتت الأثمان رمىٰ الأثقل.

ابن الحاجب: ورقة ٩٨/ب:

ويبدأ بما ثقل جسمه، وعظم جرمه.

جـ- ابن سلمون، ج٢ ص٦-٧.

ويوزع المطروح علىٰ ما فيها من **مال التجارة** من العبيد والناض [النقد] والجوهر وغير ذلك، **دون مال القنية؛** فإنه لا يوزع عليه كان ما كان. قال بعض المتأخرين: ما لم يكن للتجارة من مال فهو كالعدم، إن طرح لم يوزع، وإن لم يطرح فلا يوزَّع عليه، ولا يدخل في التحاص؛ إذ المقصود في ركوب البحر هو التجارة، وما عداهما من بضاعة أو مقتنىٰ أو غير ذلك، فهو وسائل وليست بمقاصد، ولا عبرة بها، هذا هو مذهب مالك، ومذهب أهل العراق أنَّ التحاص يقع في ذلك كله، كان للقنية أو لغيرها، وفي جرم المركب. **وجمهور المذهب** علىٰ أن المركب لا يدخل في التحاص، وفي سماع ابن القاسم عن مالك: ليس علىٰ جرم المركب شيءٌ مما طرح، قال مالك ﷺ: ولو كان فارغًا لنجا، وإنما كان طرحهم نجاة لمتاعهم؛ فلا أرىٰ عليه شيئًا. قال ابن رشد: قوله: «إنه ليس

علىٰ جرم المركب شيء» بين علىٰ ما قاله، وقد **بين العلة في** ذلك، أنه لو كان فارغًا لنجا، قال: وكذلك ليس علىٰ صاحب السفينة شيء في القلوع والأطراف التي تخلص بها السفينة، وأمَّا ما كان في جوف المركب من قارب وحبال، وهو أجل؛ فإن ذلك يقوم علىٰ صاحب السفينة، قاله بعض أهل العلم، وهو صحيح **علىٰ أصل مذهب مالك** ﷺ وقد اختلفت في **الدنانير والدراهم**؛ فقيل: إنها لا تحسب ولا يوزع عليها، وقيل: إنه يوزع عليها وهو **الأشهر** عند أهل المذهب - قال ابن حبيب: يوزع عليها إلَّا أن تكون زاد الحاج. وسُئل في ذلك ابن رشد فقال: لا يجب فيما طرح من المركب شيءٌ علىٰ ما عند الركاب من الذهب والورق كان لهم أو وديعة عندهم أو بضاعة بأيديهم، وإنما يجب ذلك علىٰ الأمتاع؛ **لأنها هي التي تثقل المركب**، ويخشىٰ عليه الغرق من أجلها. هذا هو الصحيح من الأقوال الذي نعتقد صحته ونذهب إليه، فقد كان **القياس** أن يكون التراجع بينهم علىٰ ثقل الأمتاع، والقول بالتراجع علىٰ القيم خارج عن القياس؛ يعني **الاستحسان**، فيبعد في النظر أن يكون علىٰ الناض شيء.

الذخيرة، ورقة ١٣٩/ظ وب:

ويحسب المطروح علىٰ كل ما يراد به التجارة وإن خف حمله كالجوهر؛ قال ابن حبيب: وليس علىٰ صاحب المركب ولا النواتية - كانوا أحرارًا أو عبيدًا إلَّا أن يكونوا للتجارة فتحسب قيمتهم، ولا علىٰ من لا متاعَ له؛ لأن هذه كلها وسائل، والمقصود بركوب البحر إنما هو مال التجارة، ويرجع بالمقاصد في المقاصد. ومن معه دنانير كثيرة يريد بها التجارة فكالتجارة، بخلاف النفقة وما لا يراد به التجارة، كما تقدم - وقال ابن ميسر[1]: ولا يلزم في العين شيء من المطروح. وقال سحنون: يدخل المركب في قيمة المطروح؛ لأنه مما سلم بسبب الطرح. وقال أبو محمد [ابن عبد الحكم]: إن خِيف عليه أن يصدم قاع البحر

---

(١) في بعض النصوص: ابن بشير، وكلاهما علمان في الفقه المالكي، ولم نستطع بعد البحث تحقيق الاسم في هذا النص. انظر: الفروق ج٤ ص٨، و-في هذه الفقرة- نص العمليات العامة ص٣٦٥.

فرمي لذلك، دخل في القيمة، وقال أهل العراق[1] بحسب المركب، وما فيه **للقنية** أو التجارة من عبيد وغيرهم؛ لأنه سلم بسبب الطرح، وجوابهم: أن المركب شأنه أن يصل برحاله سالمًا إلىٰ البر، وإنما يغرقه ما فيه في التجارة [كذا]، وإزالة السبب المهلك لا توجب شركة، بل **فعل السبب المنجي**. قال: **ولا يختلف قول مالك وأصحابه** أن ما للقنية كالعبيد والجواهر لا تدخل في حساب ما طُرح، **وما طرح منه فمن صاحبه دون غيره.**

ابن ناجي، ج٢ ص١٥٥:

واختلف في جرم السفينة، هل يقع عليه غرم أم لا؟ ثلاثة أقوال؛ فقيل: كغيره، رواه إسماعيل القاضي وبه قال سحنون وابن عبد الحكم، قال ابن يونس: **وهو القياس**، وقيل: لا غرم عليه، رواه ابن القاسم. وقيل: إن قام دليلٌ علىٰ هلاكه لولا الطرحُ فالأول، وإلَّا فالثاني. قاله محمد بن محمد بن عبد الحكم. وقال بعض شيوخنا [ابن عرفة]: وقول ابن عبد السلام: «قال ابن عبد الحكم: أجمع أصحابنا أنَّ المركب لا يدخل في شيء من حكم الطرح» لا أعرفه. واختلف في دخول متاع السفينة في الغرم علىٰ قولين، وفي دخول العبيد علىٰ ثلاثة أقوال؛ فقيل: يدخلون، وقيل: لا يدخلون، وقيل: إن كانوا للتجارة دخلوا، وإلَّا فلا **ولا شيء علىٰ الأحرار باتفاق**. والعين للقنية لغو، وللتجر قولان.

العمليات العامة: ٣٦٥

قال -في مختصر المتيطية- وإذا هال البحر علىٰ أهل المركب فألقوا بعض وسقه، فلا يحسب شيء مما رمي ممن في السفينة من الأحرار، ولا من النواتية -عبيدًا كانوا أو أحرارًا- ولا ما كان فيها للتجارة من رقيق وعروض وغير ذلك،

---

(١) يقصد بهذه العبارة بعض الفقهاء المالكيين من العراقيين: القاضي إسماعيل، والقاضي أبي الحسين بن القصار، والقاضي عبد الوهاب، والقاضي أبي الفرج، والشيخ أبي بكر الأبهري (انظر الملحق رقم ٣).

وإن طرح شيء مما فيها للقنية، فلا **يحسب علىٰ غيره** كما يحسب [كذا] غيره عليه. هذا **المشهور** من المذهب، وبه **العمل**.

قال ابن عمر في كافيه: وقال محمد بن عبد الحكم: القنية والتجارة سواءٌ، تدخل التجارة عليهم وهم علىٰ التجارة، ومال إلىٰ هذا جماعة **من المتأخرين، وهو واضحٌ في النظر**، واختلف هل يحسب علىٰ الدنانير والدراهم شيء أم لا؟ فقال **أحمد بن ميسر ومحمد** بن عبد الحكم: **لا** يُحسَب علىٰ العين شيءٌ، وقال ابن حبيب ويحيىٰ بن عمر: يقضىٰ عليه **إلَّا** أن يكون زاد الحج أو غيره. اهـ.

د- ابن سلمون، ج٢ ص٧:

واختلف بِمَ يكون التراجع؟ فقيل بالقيمة وقت التلف، وقيل بالقيمة في أقرب المواضع إلىٰ مكان الرمي، وقيل بقيمته في مكان الحمل، وقيل بما اشتُري به.

ابن الحاجب، ج[1] ورقة ٩٨/ب:

وفي صفة التوزيع أربعة: بقيمته يوم التلف، وأقرب المواضع، ومكان الحمل، وبما اشتراه به.

الذخيرة، ورقة ١٣٩/ظ:

إن اشتروا من موضع أو اشترىٰ بعضهم **دون** بعضهم، أو طال زمن الشراء حتىٰ حال السوق، اشتركوا بالقيم يوم الركوب **دون** يوم الشراء؛ **لأنه** وقت الاختلاط **ولمالك** في التقويم بموضع الحمل أو موضع المحمول إليه؛ لأنه المقصود بالحمل أو موضع الطرح؛ لأنه موضع الإتلاف، ثلاثة أقوال.

وفي ورقة ١٤٠/ظ:

قال مالك: وإذا اشترىٰ أحدهم بدين فطُرح، حُسب ثمنه علىٰ النقد بغير زيادة، وإن حوبي الحق بتمام القيمة في الموضع الذي حمل منه.

---

(١) سقط ذكر رقم الجزء من الأصل. وهو في: جامع الأمهات، ص٤٣٩، تحقيق أبو عبدالرحمن الأخضر، اليمامة للطباعة والنشر، الطبعة الأولىٰ ١٤١٩هـ. (الناشر).

هـ- وفي ورقة ١٣٩/ظ:

ولو رُمي جميع متاعه ثم أخرج بعد ذهاب نصف قيمته، شاركهم في نصف متاعِهم، كما لو رمي نصف متاعه، وعليه من كراء السالم بقدر ما صدر إليه، و. . . إذا رُمي متاعُه **وابتلَّ متاعُهم** بللًا ينقص الثمن، شاركوهم بقيمة متاعه ومتاعهم **سالمًا بموضع الحمل،** فإن حدث بمتاعهم عيبٌ **قبل الحاجة للطرح فقيمته معيبًا بموضع الحمل.**

و- ابن فرحون، ج١ ص٢٧٥:

ويقبل قول المطروح متاعه في قيمته، فإن اتهم حلف.

ابن الحاجب، ورقة ٩٨/ب:

والقول قول المطروح متاعه فيما يشبه.

الذخيرة، ورقة ١٣٩/ب:

قال ابن القاسم: ويصدق صاحب المطروح في ثمنه مع يمينه [ما] لم يستكثر؛ لأنه أمر لا يُعلَم إلَّا من قِبله. وقال سحنون: يقبل **بغير يمين** إلَّا أن يتهم، فإنِ ادَّعىٰ أنه طرح له أمتعة كثيرة وأنكر الرايس ذلك رجع **إلىٰ الشربيل** لجري أحوال الناس عليه، ويصدق فيما داخل الشربيل مع يمينه **إذا أشبه أن يهلك مثله.** وإذا ادَّعىٰ قيمته **ونازعوه في الصفة،** صدقوا أيمانهم؛ لأنهم مدَّعَىٰ عليهم الشركة، فإن جهلوها صدق مع يمينه. فإن ادَّعىٰ صاحب المركب أن الهول رمىٰ بعض شحنته ولم يكونوا معه وكذبوه، **صدق في العروض** دون الطعام -عند ابن القاسم- لاتهامه علىٰ أكل الطعام.

ز- ابن سلمون، ج٢ ص٧:

وسئل ابن رشد في مركبٍ صار في قبضة العدو بما فيه من المتاع والتجار، ففدىٰ منهم بما فيه جملة؟ فقال: الواجب أن يفض ما فدي به علىٰ قيمة الأمتعة وما يعرف أنه يفدي به الأسارىٰ علىٰ ما قالوا في الفادي والمفدىٰ إذا اختلفا في الفدية، وأتىٰ كل واحد منهما بما لا يشبه ولا ينتظر في ذلك إلىٰ ما يساوون علىٰ أنهم عبيد ولا إلىٰ دياتهم.

ح- المدونة، ج٢ ص٩١-٩٢:

قال [ابن القاسم]: فقلت لمالك: فإن كانت غنمهم [الخليطين] كلها، لا تجب فيها الصدقة، فتعدىٰ المصدق فأخذ منها شاة وفي جميعها إذا اجتمعت ما تجب فيه الصدقة، أتراها علىٰ الذي أخذت من غنمه خاصة أو علىٰ عدد الغنم؟ فقال: بل أراها علىٰ عدد الغنم يتردان فيها لا علىٰ عدد غنمهما، قلت [سحنون]: فإن كانوا ثلاثة رجال، لواحد أربعون وللآخر خمسون وللآخر واحدة، فأخذ الساعي منهم شاة وهم خلطاء؟ فقال: من كان له دون الأربعين فلا شيء عليه، والشاة علىٰ صاحب الأربعين والخمسين علىٰ تسعة أجزاء، قلت: فإن أخذ الساعي شاة صاحب الشاة في الصدقة؟ قال: يرجع بها علىٰ شريكه صاحب الخمسين بخمسة أتساعها، وعلىٰ صاحب الأربعين بأربعة أتساعها، وكذلك قال مالك. قلت: فإن كان خليطين؛ لواحد عشرة ومائة، وللآخر إحدىٰ عشرة، فأخذ الساعي شاتين، قال: يلزم كل واحد منهم علىٰ قدر ما لكل واحد منهما من الغنم، وإنما ذلك بمنزلة ما لو كان لكلٍّ منهما عشرون، فصارت أربعين، فعليهما جميعًا شاةٌ، ألَا ترىٰ أن صاحب العشرة ومائة لولا خلط صاحب الأحد عشر لم يكن عليه إلا شاة، فدخلت المضرَّة عليه منه كما دخلت علىٰ أصحاب الأربعين، أدخل كل واحد منهما علىٰ صاحبه المضرة، فلزمهما جميعًا؟ فكذلك يلزم هذين، وأن الثلاثة الذين لأحدهم أربعون وللآخر خمسون وللآخر واحدة، لم يدخل صاحب الواحدة عليهما مضرة؛ لأن كل واحد منهما لو كان وحده كان عليه فرض الزكاة، فلما خلطا لم يكن عليهما إلَّا شاة، فلم يدخل عليهما من صاحب الشاة مضرة، وكذلك لو كانتا اثنين، لواحد أربعون وللآخر ثلاثون، فأخذ المصدق منهما شاة فإنما هي علىٰ صاحب الأربعين ولم يدخل عليه بصاحبه مضرة[1].

---

(١) في موضوع الخسارة البحرية في المذهب المالكي تراجع علىٰ العموم: شروح ابن الحاجب عند قوله: «وإذا خيف الغرق، جاز طرح ما يرجىٰ به نجاتها غير الآدمي» إلخ، من «باب الإجارة»، وشروح مختصر خليل عند قوله: «ونوتي غرقت سفينته بفعل سائغ» من «باب الإجارة» أيضًا، وابن جزي، ص٣١٩، والفروق ج٤ ص٨-١٠، وتهذيب الفروق ج٤ ص٢٤-٢٦، التسولي ج٢ ص١٤٤، ورسالة في مسألة تتعلق بالسفن إذا خيف عليه الغرق.

١٢ - حوز الهبة عن الغير

١٩٥- حوز الموهوب له للهبة شرط لتمامها. ويعرِّف ابن عرفة الحوز بأنه «رفع تصرف الواهب أو المتصرف في العطية، بصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه»، وللحوز في الهبة أهمية من حيث إن الهبة تبطل إذا تأخر حوزُها عن الواهب في صحَّتِه حتىٰ لحقه دين يمنع من التبرع، سواءٌ لحقه بعد الهبة أم بعدها لعدم تمام الهبة.

١٩٦- فإذا كان الموهوب له عاجزًا عن الحيازة؛ لصِغَره أو غيبته، أو مانعٍ آخَرَ يمنعه منه، فإن المذهب المالكي يُجيز للغير القريب منه أو الأجنبي عنه، **الكافل له وغير الكافل، أن يحوز عنه، فيصح الحوز وتتم الهبة.** هذا، وعجز المتصرف عنه عن الحوز لنفسه أو التوكيل به، شرط لصحة حوز الغير عنه؛ بمعنىٰ أنه يشترط أن يحتاج إلىٰ حوز الغير عنه، فلو كان قادرًا علىٰ الحوز لنفسه؛ بأن كان بالغًا رشيدًا، أو كان له ولي قادر علىٰ الحوز أمين عليه، لم يصحَّ حوزُ الغير عنه. ولكن لو كان الكبير غائبًا، أو سفيهًا، أو مريضًا، أو كان الولي علىٰ الصغير غير مأمون علىٰ ما وهب لموليه، جاز أن يحوز الغير عنه؛ حفظًا للمال علىٰ الغير.

والأصل اشتراط علم الحائز بالهبة ورضاؤه بالحوز للموهوب له، فلا تتم حيازة الأجنبي (غير الموهوب له) إلَّا بأن يقصد التصرف للموهوب له.

وفي بعض الأحوال **لا** يعتبر رضاء الحائز بالحيازة للموهوب له، فتتم بالرغم عنه، وحينئذٍ فلا يشترط علمه بالهبة، ولا أن يعي أنه يحوز لغيره، وذلك مثل المتبرع له بالمنافع كالمخدم والمستعير، فليس لهما أن يقولا: لا نحوز للموهوب له، علىٰ أن في هذه المسألة أيضا خلافًا.

وقد برَّر هذا التصرف -وإن كان تصرفًا عن الغير بدون ولاية ولا وكالة- أنه تصرفٌ هو محضُ منفعةٍ للمتصرَّف عنه.

١٩٧- نصوص:

المدونة، ج١٤ ص١٦٥:

قلت: أرأيت اللقيط إذا تُصُدِّق عليه بصدقة، أو وُهبت له، أيكون الذي هو في حجره القابض له، **ولم يجعله السلطان وصيًّا ولا ناظرًا؟** قال: نعم؛ لأنَّ مالكًا قال في الرجل يتصدق علىٰ الرجل بصدقة، والمتصدق عليه **غائب** فيقول **لرجل أجنبي** أقبض لفلان صدقته فيدفعها إليه ويحوزها هذا الأجنبي لذلك الغائب، **ولم يعلم الغائب بما تصدق هذا عليه، ولا بما حاز له هذا الرجل،** قال: قال مالك: ذلك جائز.

وفي ج١٥ ص١٣٠:

قلت: أرأيت الطفل الصغير إذا كان له والد أو وصي فوهب رجل له هبةً بَتَلَها له وجعلها علىٰ يدي رجل من الناس، أيكون هذا حوزًا للصبي **ووالدُه حاضرٌ أو وصيُّه؟** قال: نعم قلت: فما فرق ما بين الصغير **إذا كان له والد،** وبين الكبير . . .؟ قال: خوفًا من أن يأكلها الوالد أو يفسدها، فيحوز **ذلك إلىٰ أن يبلغ** الصغير فيقبضها، **وأما الكبير المرضي** فعلىٰ أي وجه جاز هذا له، وإلىٰ أي أجل يدفع إليه.

في ص١٣١:

فهذا يدلك علىٰ أن الهبة للكبير إذا جعلها علىٰ يدي غيره وهو مرضي ولم يحبسها عنه؛ **لسوء حاله** أن حوز هذا ليس بحوز له.

التسولي، ج٢ ص٢٤٣:

إذا كانا شريكين في الصدقة أو الهبة حيث **أمكنه** الحوز بنفسه، أو التوكيل عليه، فإن لم يفعل وحاز شريكه الجميع، وحصل **المانع**، فإن حصة الحائز **تصح** دون غيره لتفريطه وبهذا يفترق حوز الكبير حصة الصغير، فإنه يصح الجميع، دون الكبير بحوز حصة غيره بغير وكالة؛ فإنه **لا يصح لقدرته علىٰ التوكيل أو الحوز بنفسه**، فلم يفعل.

ب- الشرح الكبير، ج٤ ص١٠٥:

وصح حوز مودع لوديعة وهبها مالكها لغيره **إن علم بالهبة؛ ليكون حائزًا للموهوب له لا** إن لم يعلم.

الدسوقي، الموضع ذاته:

والفرق بين المودع وبين المخدم والمستعير، أن المخدم والمستعير لو قالا: لا نحوز للموهوب له، لم يلتفت إلىٰ قولهما إلَّا أن يبطلا مالهما من المنافع وهما غير قادرين علىٰ ذلك؛ لتقدم قبولهما، ولا يقدران علىٰ رد ما قبلاه؛ لأنه ابتداء عطية منهما للمالك فلا يلزمه قبولها، فصار حوزهما معتبرًا معتدًّا به، والمودع لو شاء، لقال: خذ ما أودعتني لا أحوزه لك.

المواق، ج٦ ص٥٨:

من المدونة: مَن أخدم عبده رجلًا سنين، ثم قال بعد ذلك: هو هبة لفلان بعد الخدمة فقبض المخدم قبض الموهوب له وهو من رأس المال إن مات الواهب قبل ذلك ولا يكون قبض المخدم والمعار قبضًا للموهوب له، حتىٰ **يعلم ويرضىٰ أن يكون حائزًا للموهوب له.**

الدسوقي، ج٤ ص١٠٤:

وما ذكر المصنف من الإطلاق [العلم وعدمه في المستعير والمخدم]

هو المعتمد، خلافًا لبعض شيوخ عبد الحق؛ حيث قيد صحة حوزهما له بما إذا علما بالهبة ورضيا بالحوز له، ونسبة المواق هنا التقييد للمدونة، سهوٌ منه لأن المدونة ظاهرها الإطلاق.

١٣ - الإعتاق عن الغير

١٩٨- في المذهب المالكي يصح العتق عن الغير. وإن كان ذلك بدون إذن منه ولا ولاية عليه؛ لأن ذلك تصرف نافع نفعًا محضًا له. وإذا أعتق شخص عن غيره قدر أنه ملكه **إياه** أولا فملكه ثم أعتقه عنه فعتق، ونتيجة لهذا يكون الولاء للمعتق عنه ويجزئ **عمًّا** وجب عليه من كفارة ونحوها.

هذا هو المشهور في المذهب المالكي، وخالفوا بهذا المذاهب الأخرىٰ التي لم تجز الخروج عن القاعدة أنه لا يجوز إدخال شيء في ملك إنسان بدون رضاه.

علىٰ أن في المذهب المالكي رأيًا يتفق مع ما ذهبت إليه المذاهب الأخرىٰ، إلَّا أن المشهور في المذهب ما قدمناه.

وفي هذا التطبيق نرىٰ الشخص يتصرف عن غيره تصرفًا قوليًّا، فينفذ هذا التصرف وإن كان صدر من غير ولي ولا وكيل.

١٩٩- نصوص:

بداية المجتهد، ج٢ ص٣٥٥:

واختلفوا إذا أعتق عبدًا عن غيره، فقال مالك: الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق، وقال أبو حنيفة والشافعي: إن أعتقه عن علم المعتق عنه، فالولاء للمعتق عنه، وإلَّا فالولاء للمباشر للعتق وعمدة مالك أنه إذا أعتقه عنه فقد ملكه إيَّاه فأشبه الوكيل.

المدونة، ج٨ ص٥٥:

قلت لعبد الرحمن بن القاسم: أرأيت إن أعتقت عبدًا عن رجل بأمره أو بغير أمره، لمن الولاء في قول المالك؟ قال: قال مالك: الولاء للمعتق عنه.

الدسوقي، ج٤ ص٤١٥:

فتحصل أن المشهور من مذهب مالك أن الولاء للمعتق عنه، أعتق الغير عنه بإذنه أو لا، ومذهب أشهب والليث والأوزاعي: الولاء للمعتق فيهما[1].

---

(١) ٢٠٧- المدونة ج٨ ص٥٧، الذخيرة ج٤ ورقة ٩٧/ظ، ابن جزي ص٣٦٣، ابن ناجي ج٢ ص١٨٩، المواق ج٦ ص٣٥٩، الشرح الكبير ج٤ ص٤١٥.

١٤ - الدعوى عن الغير

٢٠٠- الأصل في المذهب المالكي أنه لا يجوز الادِّعاء عن الغير إلَّا بولاية عليه أو وكالة منه علىٰ الخصومة، والوكالة قد تكون باللفظ الصريح وقد تكون بالعُرف، كما في تصرف الزوج عن زوجته، ودعواه عنها. أمَّا إذا لم يكن الشخص وليًّا ولا وكيلًا لغيره، فلا يجوز له الادِّعاء عنه، ولو أنَّ هذا الغير لن يضار بالخصومة عنه في الغالب؛ إذ إنه سوف ترجأ له حجته فيما لو حكم عليه، أو تحفظ مصلحته فيما لو حكم له.

ولكن الأصل أنه لا يجوز أن يرفع الدعوىٰ من ليس له مصلحة فيها، فالدعوىٰ -كما يقولون- أذىٰ ومضرة لمن يراد اختصامه، وقد يكون من يراد الدعوىٰ عنه قد اختار النزول عن حقه، وترك دعواه، هذا من جهة.

ومن جهة أخرىٰ، فإنَّ فتح الباب للدعوىٰ عن الغير قد يجلب مضرَّةً عليه؛ إذ إن الخصومة مهجورة في المذهب المالكي حتىٰ تقوم شبهة الحق فيها، وذلك يكون بإثبات الخلطة مع من يراه اختصامه، فقد يوعز من يريد إثبات الخلطة علىٰ غيره إلىٰ شخص آخر؛ بأن يقيم عليه دعوىٰ باسم هذا الغير بمبلغ تافه مثلًا، فإذا حكم عليه به ثبتت الخلطة بينهما، فتهيَّأ له طلبته وخصومته، ولا يمنعها أن يكون غائبًا أو غيرَ قادرٍ علىٰ رفع الدعوىٰ.

٢٠١- ولكن قد توجد ظروف تبرِّر الدعوىٰ عن الغير؛ فقد لا يتمكن الشخص من الدعوىٰ لنفسه؛ لصغره، أو جنونه، أو غيبته أو لمانع ما، ويتهدَّد

حقه خطر الضياع بترك الدعوىٰ، وبينته الهلاك بتأخير إقامتها، ومن ثَم فقد أُثير السؤال، هل يمكن في مثل هذه الحال أن تبرر الظروف دعوىٰ الشخص عن غيره حِسبةً وتبرعًا، وإن لم يكن وليًّا ولا وكيلًا.

وقد اختلف الجواب في المذهب المالكي علىٰ خمسة أقوال:

الأول: الجواز مطلقًا؛ فللشخص أن يدعي عن غيره متىٰ اقتضت مصلحة الغير الدعوىٰ عنه، لا فرق بين أن يكون المدَّعي قريبًا للمدعىٰ عنه أو أجنبيًّا عنه، ولا فرق بين أن يكون المدعىٰ فيه مما يؤمن عليه الهلاك العاجل، أو مما لا يؤمن عليه الهلاك. وهذا القول لابن القاسم.

الثاني: المنع مطلقًا؛ فلا يجوز للشخص بدون ولاية ولا وكالة أن يدَّعي عن غيره، ولا يفرق هذا القول أيضًا بين أشخاص المدَّعين، ولا بين موضوعات الدعوىٰ. وهذا القول لابن الماجشون.

الثالث: التفريق بين أشخاص المدعين؛ فمن يكون بينه وبين المدعىٰ عنه صِلةُ الأبوَّة، يجوز أن يدعي عنه ويخاصِم في كل حقوقه.

ومن يكون بينه وبين المدعىٰ عنه صلة قرابة ليست أبوة، يمكن من أن يثبت حقه ويقيم البينة عليه فقط إذا خيف أن تهلك البينة أو تفوت.

أمَّا الأجنبي عن المدعىٰ عنه ممن لا يكون بينه وبينه صلة قرابة، فلا يمكن من شيء من ذلك.

الرابع: التفريق بين أنواع الدعاوىٰ.

فإذا كانت مجرد إقامة للبينة، فيمكن القريب الأب أو غيره. أما إذا كانت خصومة ومطالبة؛ فلا يمكن من ذلك أحدٌ إلَّا بالولاية أو الوكالة.

الخامس: التفريق بين الحقوق المدعىٰ بها.

فإذا كان الحق شيئًا «يفوت ويحول ويغيب» كالدابة والثوب، فيمكن من الدعوىٰ فيه عن الغير القريب منه والأجنبي عنه.

أمَّا إذا كان الحق غير ذلك -كالدين- فلا يمكن من الخصومة فيه إلَّا من يكون بينه وبين المدعىٰ عنه صلة الأبوَّة.

هذا، والذي جرىٰ به العمل في المذهب المالكي هو الرأي الثالث هذا، ولا يجوز أن يدعي عن الغير الوكيل عن القائم عنه بالدعوىٰ احتسابًا، فإذا قبل بجواز ادَّعاء هذا الأخير، فإنما يكون له الولاية علىٰ الدعوىٰ بنفسه فلا ينيب غيره علىٰ القيام عنه بهذا العمل.

علىٰ أنه وُجد رأي آخر بجواز توكيل القائم كما تجوز دعواه، وعلىٰ كلٍّ فهذا التطبيق يعطينا صورةً للتصرف عن الغير الذي تبرره منفعةِ الغير، وكان التصرف هنا تصرفًا قوليًّا.

٢٠٢- وإذا قيل بجواز الدعوىٰ عن الغير، وحكم للمدعي، فإن المدعىٰ عنه يستفيد من الحكم ويسري في حقه، فإذا حضر أو كبر أو رشد أو زال المانع الذي منعه من أن يقوم بالادِّعاء عن نفسه، أخذ حقَّه بدون حاجة لإعادة الدعوىٰ.

ولكن إذا كان المدعىٰ به عينًا، فهل تُنزَع من يد المدعىٰ عليه، أو كان دينًا فهل يقتضىٰ منه، أو كان في الإحداث والضرر فهل يُمنع منه؟ لم يستقر الجواب في المذهب المالكي -علىٰ ما يبدو- بالإيجاب أو بالنفي. وإن كنَّا نلاحظ ميلَ المتأخرين إلىٰ وقف تنفيذ الحكم حتىٰ يتمكن المدعىٰ عنه مِن طلب التنفيذ لاحتمال إقراره إذا حضر بعدم استحقاقه؛ لتنازل، أو إبراء، أو غير ذلك.

أما إذا حكم ضد المدعي، فيسري علىٰ المدعىٰ عليه حكمُ القضاء علىٰ الغائب.

٢٠٣- نصوص:

أ- تحفة ابن قاسم، رقم: ٢٩٦ و٢٩٧:

وغائب ينوب في القيام ... عنه أب وابن، وفي الخصام
وجائز إثبات غير الأجنبي ... لمن يغيب واختصامه أبي[(١)]

---

(١) وقد علق علىٰ هذين البيتين مترجمًا التحفة بما يأتي [في الأصل اقتباس بالفرنسية يقع في عشرة أسطر لم نتمكن من نقله لانطماس بعض كلماته (الناشر)]

انظر: Houdas et Martel,Traité de droit musulman, p146-147

ميارة، ج١ ص١٣٩:

الغائب إذا ظهر له حق أو أخذ شيء من ماله، أو أُحدث عليه ضرر في داره مثلًا أو أرضه، **ولم يترك وكيلًا** يقوم بأموره، فإنه يجوز **لأبيه وابنه** أن يقوم عنه ويخاصم عنه وأمَّا إن كان غير الأب والابن فإن كان **أجنبيًّا** فلا كلام له، ولا يمكن من القيام والخصام وكذا قرره الشارح [ابن صاحب التحفة] قائلًا: **الأصل أن لا ينوب أحدٌ عن أحدٍ إلَّا باستخلافه** إيَّاه أو استنابته له، إلَّا أنهم استثنوا من ذلك قيام الأب عن ابنه، وقيام الأب عن أبيه من **غير استخلاف** أحدهما عن الآخر، وإنما ذلك للخصوصية التي اقتضتها نسبة الأبوة من البنوة . . . ؛ فلذلك أُنزل أحدهما للآخر **منزلة الوكيل،** وإن لم يوجد منه النص علىٰ توكيلها فأباحوا لكلٍ واحد منهما القيام عن صاحبه. ولما كان من **سواهما من الأقارب** لا توجد فيه هذه الخصوصية، أباحوا له **إثبات حق الغائب خيفة ضياعه** بموت من يشهد له أو بغيبته، ولكونه **لا ضرر عليه في إثبات حقه** ومنعوا من الخصومة وما أشبهها؛ **لعدم فوت ذلك عليه،** ولاتقاء المضرة الداخلة عليه من قبل من يخصم عنه ممن يمكن أن لا يكون استوفىٰ حجته والذي في التوضيح إذا قام عن الغائب **محتسبٌ** في شيء تسور فيه علىٰ الغائب، أو أخذ له، أو في عيبٍ أُحدث عليه في أرضه، فهل يمكن القاضي هذا القائم من مخاصمة ذلك المتعدي أم لا؟ خمسة أقوال: أحدهما: أنه لا يمكن من ذلك إلَّا الأب والابن ومن له قرابة قريبة، وثانيها: أنه يمكن من ذلك القريب والأجنبي. قاله ابن القاسم، وذهب سحنون إلىٰ أن القاضي يوكل عن الغائب وثالثها: أنه لا يمكن من إقامة البينة ولا من الخصومة إلَّا بتوكيل الغائب. قاله ابن الماجشون ومطرف[١] خامسها: أن القريب والأجنبي يمكن من الخصومة في **العبد** والدابة والثوب دون توكيل؛ **لأن** هذه الأشياء **تفوت**

(١) في شرح ميارة: «وثالثها: أنه يمكن من إقامة البينة ولا يمكن من الخصومة، ورابعها: أنه لا يمكن من إقامة البينة ولا من الخصومة إلا بتوكيل الغائب، قاله ابن الماجشون ومطرف». (الناشر).

وتحول وتغيب، ولا يمكن من الخصومة في غير ذلك إلَّا الأب والابن. حكاه ابن حبيب ومطرف.

التسولي، ج١ ص٢١٤:

والظاهر أن المراد بالأب والابن في النظم [التحفة] الجنس، فيشمل الجد وإن علا والابن وإن سفل.

وفي ص٢١٥:

الصبي كالغائب تجري فيه الأقوال إذا قلنا بجواز القيام والخصام فقال ابن الحاج: **ليس للقائم أن يوكل**، وإنما يتكلم بنفسه أو يترك، قال: ويحتمل **جواز ذلك؛ للعذر** ... ذكر البرزلي: أن العمل علىٰ عدم التوكيل ولو من قريب القرابة وعليه فعمل تونس مخالف لعمل فاس.

الدسوقي، ج٤ ص١٦٤:

الغائب غيبة **بعيدة أو قريبة علىٰ أحد القولين** إذا كان له مال **حاضر وخيف عليه** تلف أو غصب، أو له دين علىٰ من **يخشىٰ فراره**، أو أراد سفرًا بعيدًا فأراد شخصٌ قريب للغائب أو أجنبي عنه أن يخاصم عنه **احتسابًا لله تعالىٰ من غير أن يكون وكيله**، فهل يمكَّن من ذلك حفظًا لمال الغير، وهو قول ابن القاسم، أو لا، وهو قول ابن الماجشون ومطرف؟ ومحل القولين إذا كان من يريد إقامة الدعوىٰ **لا حقَّ له في ذلك المال، ولا ضمان عليه.**

ب - التسولي، ج١ ص٢١٤:

وظاهر النظم أنه لا فرقَ بين قريب الغيبة وبعيدها، وهو أحد قولين.

التاودي علىٰ الزقاق، ملزمة ١٥ص٨:

وحيث قيل بالتمكين في القريب الغيبة وبعيدها، أو في البعيدة خاصة. وأمَّا في القريبة؛ فلا بد من الوكالة، قولان.

ابن فرحون، ج١ ص١١٢:

لو كان حيث عجز الغريم عن الدفع ومُكِّن المدعي من إقامة البينة، أقام

شاهدًا واحدًا وعجز عن الآخر، حلف الغريم بالله أنه بريء من هذا الدين، فإن حلف برئ إلا من العرضة له، أمَّا لو نكل الغريم عن اليمين أخذ منه الحق معجلًا، ثم أوقف المال فإذا قدم الغائب أخذه بلا يمين.

ج- التسولي، ج١ ص٢١٤:

يجوز لأبيه أو ابنه أن يخاصم عنه بغير وكالة، فإن آل الأمر إلىٰ عجز المطلوب أشهد القاضي بما يثبت عنده، **ولا ينزع الشيء من يده**، وإن آل الأمر إلىٰ عجز القائم، فلا تنقطع حجة الغائب قال -في المعين-: وإذا قلنا بجواز المخاصمة عن الغائب، فإلىٰ أين تنتهي؟ قال بعض الموثقين: يسمع القاضي البينة ويشهد علىٰ ثبوتها، ولا يخرج المدعىٰ فيه من يد المطلوب إن ادَّعاه لنفسه، ولا يقطع ما أحدث عليه من الضرر والعيب؛ إذ لعل المطلب إذا قدم لا يمنعه إلَّا أنه إذا أقرَّ المطلوب بما في يده للغائب أخرجه من يده، وأوقفه حيث يراه. اهـ. ونحوه في المتيطية وغيرها[١]

---

(١) في (أ) و(ب) و(ج):

ابن فرحون ج١ ص١١٢ و١١٣، وابن سلمون ج١ ص١٢٩، العمليات العامة ص٢٥٦-٢٥٧، وقد أشار إلىٰ هذه النصوص -بالإضافة إلىٰ نص التحفة- التعليق علىٰ المادة ٩٤٣ من تقنين الالتزامات والعقود المراكشي، وهذه المادة هي التي تقرر حكم الفضالة. انظر: الحطاب ج٦ ص١٤٦-١٤٧، المواق ج٦ ص١٤٦، التسولي علىٰ الزقاق ملزمة ١٥ ص٨، التاودي ج١ ص٢١٤، حجازي وضوء الشموع ج٢ ص٣٢٤، الخرشي ج٧ ص١٧٤، وعلىٰ العموم شروح خليل عند قوله: «وفي تمكين الدعوىٰ لغائب بلا وكالة تردد» (آخر باب القضاء).

الفرع الثاني

الفكرة العامة

١ - قاعدة عامة

٢٠٤- مما تقدَّم يتَّضح إلىٰ أي مدىٰ بعيد يذهب الفقه المالكي في تبرير التصرف عن الغير برعاية مصلحته وحفظ حقوقه، يستوي في هذا أن يكون التصرف عقدًا، أو دعوىٰ، أو عملًا تحفظيًّا كإقامة البينة وإثبات الشهادة، وأن يكون عملًا نافعًا جهدًا بدنيًّا، أو نفقة مالية، يبذل لمصلحته علىٰ أن يترتب عليه التعويض عنه.

وقد وصل الفقه المالكي أحيانًا إلىٰ تسجيل قاعدة عامة بصيغة تجريدية، ولم يكتف بالتطبيقات الكثيرة المتناثرة، التي تسري فيها روح هذه القاعدة، ولكنه لم يصل إلىٰ صياغة نظرية شاملة، واضحة المعالم، بيِّنة الحدود. وإن كان كل ما سبق يحملنا علىٰ أن نعتقد أن في الإمكان صياغة هذه النظرية وبنائها هيكلًا متماسكًا، هذه النظرية أقرب شبهًا بها تلك النظرية التي عرفتها بعض الشرائع الغربية وظهرت في الفقه الحديث باسم الفضالة[١]

ولا شك أنه بعد الوصول إلىٰ صياغة هذه النظرية، واستخلاصها من مختلف التطبيقات والنصوص، سيبقىٰ مجال واسع للاجتهاد والاستنتاج والتخريج؛ للوصول إلىٰ حلِّ مسائل كثيرة يُثيرها المنطق الفقهي حول موضوعها.

وكل ما سنحاوله -الآن- أن نرسم الخطوط العريضة لهذه النظرية علىٰ ضوء البحث التفصيلي السابق (الفرع الأول).

---

(١) الفضالة والفضولي ورب العمل حيث ترد في هذا الفرع، يقصد مدلولها في الفقه العربي الحديث؛ أعني ما يقابل الاصطلاحات: "la gestion d, affaires, legerant d, affaires, le mattre".

٢ - النشوء والتطور

٢٠٥- من مراجعة النصوص السابقة، نرىٰ كثيرة منها أُخذت من المدونة، ونرىٰ التصريح في كثيرٍ منها بنسبة الأحكام التي ترد فيها إلىٰ إمام المذهب نفسه؛ مما يدل علىٰ أصالة الفكرة في المذهب المالكي، وإذًا فقد ألقيت بذور هذه الفكرة في المذهب المالكي من أول عهوده.

وتساعد طبيعة هذا المذهب علىٰ التوسع في هذه الفكرة وظهورها في تطبيقات متجدِّدة. ثم تنتهي بتسجيلها قاعدة عامة تُصاغ هكذا: كل عمل يقوم به شخص عن غيره، ويكون لا بد لهذا الغير منه، يكون للأول الولاية عليه، ويستحق التعويض عنه.

وقد ردَّد هذه القاعدة القرافي (توفي ٦٨٤) في كتابه الذخيرة في أكثر من مناسبة، وطبَّقها علىٰ مسائل متنوعة، ولكن هذه القاعدة بصيغتها التجريدية، وُجدت قبل القرافي عند ابن شاس (توفي ٦١٠)، بل وقبله بزمنٍ طويل عند ابن أبي زيد (توفي ٣٨٦).

وقد هيَّأ لسيطرة الفكرة في المذهب المالكي عدَّة عوامل:

١- سيطرة الروح العملية، مما أمكن معه التخلص من طغيان الصناعة الجامدة، فأمكن بسهولة الخروج علىٰ قاعدة الأصل أنه لا يجوز تصرف الشخص عن غيره بدون ولاية ولا وكالة.

٢- اصطباغه بالصيغة الذاتية، وإذا كانت المذاهب الأخرىٰ ترىٰ في التصرف أمرًا واقعيًّا محسًّا، يجب أن تحكمه معايير مادية، فإن المذهب المالكي يرىٰ فيه أمرًا للإرادة والقصد فيه أثر كبير، ولا يكبر عليه أن يحكم فيه المعايير الذاتية النفسية.

٣- سيادة المفهوم المثالي للعدل، في حين نراه في مذاهب أخرىٰ مفهومًا أقرب إلىٰ الواقعية.

٤- وربما كان أهم هذه العوامل -وجود أصل «الاستصلاح» في المذهب والتوسع في تطبيقه، ومن ذلك الحكم بوجوب المحافظة علىٰ المال وتحريم إضاعته من صاحبه وغيره من القادرين علىٰ حفظه.

كل هذه العوامل ساعدت إلىٰ حدٍّ كبير في أن يأخذ المذهب بفكرة المنفعة، وأن يتوسّع في تطبيقها كما أنها في الوقت ذاته ساعدت أيضًا علىٰ تخلخل القاعدة العامة التي تمثلها، حيث تنوَّعت الحلول في المسائل المتشابهة.

٣ - تكوين القاعدة العامة

٢٠٦- عناصر لا بد منها:

لوجود التصرف عن الغير الذي تبرره منفعته، لا بد من توافر عناصر:

أولًا: أن يكون المتصرف غير ولي ولا وكيل، وتمييز الولاية واضح، أمَّا الوكالة فيتم الأمر فيها في بعض الأحيان.

ثانيًا: أن يكون التصرف ضروريًّا، أو كما يعبر المذهب المالكي، لا بد منه للمتصرف عنه.

ثالثًا: القصد في إيقاع التصرف، وفي تحديد آثاره.

رابعًا: اتِّصاف المتصرف بصفة خاصة - في بعض الأحيان.

ونفصل الكلام فيها كما يأتي:

٢٠٧- انعدام الوكالة:

إذا كان المتصرِّف يتصرَّف بالإذن الصريح **أو الضمني**، فمبرِّر تصرُّفِه العقد، وليس الواقعة المادية (منفعة المتصرف عنه)، وفي المذهب المالكي تكون الوكالة بكل قول أو فعل يدل عليها، كما تكون بالعُرف[١]؛ فالزوج حين يتصرف في أموال زوجته بمرأىٰ منها، يعتبر وكيلًا عنها[٢]، والأخ حين يتصرف في عقار

---

(١) الدسوقي ج٣ ص٣٨٠.

(٢) الدسوقي ج٣ ص٣٨٠.

أخته مثلًا، يؤجره ويبني فيه ويجني ثماره ويبيعها، يعتبر وكيلًا عنها بالعادة إذا لم تنكر فعله[1]، ومن هنا نرىٰ الأمر يدق أحيانًا عند إرادة تمييز التصرف ومعرفة هل تم بوكالة أم بغير وكالة، ولقد فسرنا دعوىٰ الأب عن ابنه بأنه تصرف بالإذن الشرعي لا بالإذن القولي، ولكنَّا نرىٰ بعض الفقهاء المالكية يفسره بالوكالة بالعادة[2]، فإذا كان يقصد الوكالة بحقيقتها الشرعية - فهذا شاهدٌ لما تُسبِّبه دقة المسألة من اضطراب.

هذا من جهة، ومن جهة أخرىٰ فإن السكوت من الشخص علىٰ تصرف غيره عنه قد يعتبر رضا، في بعض الأحوال، ولكن المذهب المالكي لا يضع ضابطًا محدَّدًا في هذا الشأن.

إذًا؛ فليس من سبيل لنميِّز بين تصرف الوكيل وتصرف الفضولي، بأن يكون تصرف الأخير عن غير علم ربِّ المال كما تذهب إلىٰ ذلك بعض التشريعات، وليس من سبيل لأنْ نَجزم بأن في كل حال يعلم المتصرف عنه بالتصرف - ثم يقف منه موقفًا سلبيًّا، يفسر التصرف بأنه فضالة.

كل ما نستطيع قوله -الآن- أنَّ التصرف يكون تصرفَ وكيلٍ في كل حالةٍ يتبين منها رضىٰ المتصرَّف عنه بالتصرف، والمراد -بطبيعة الحال- الرضىٰ المعتبر، فرضىٰ -ناقص الأهلية- لا يؤثر في الأمر شيئًا، وهذا ما نجد في التطبيقات السابقة شواهدَ عليه.

٢٠٨- ضرورة التصرف:

وإذا قيل: إن منفعة المتصرَّف له هي المبرر لأن يمضي أثر تصرف الغير عليه، فليست كلُّ منفعةٍ تُبرِّر التصرف عنه، فالتصرف عن الغير لما يزل خروجًا عن الأصل «أن أحدًا لا يجوز تصرفه عن غيره إلا بولاية أو وكالة».

---

(١) الدسوقي ج٣ ص٣٨٠.

(٢) التسولي ج١ ص٢٠٣.

هذا من جهة، ومن جهة أخرىٰ فالتصرف عن الغير بالرغم من انتفاعه به، لما يزل أيضًا افتئاتًا علىٰ حريته الشخصية واستقلال إرادته. إذًا فليس كل منفعة بقادرة علىٰ حملنا علىٰ التغاضي عن هذا الافتئات، وإذًا فلا بد من صفةٍ تحدِّد المنفعة التي منحت هذه الوظيفة الخطيرة.

وهذه الصفة هي الضرورة، فلا بد أن يكون التصرف عن الغير مما لا بد له منه، فلو كان له منه بد؛ بأن كان قادرًا -مثلًا- علىٰ إجرائه بنفعه، أو ممن تحت يده، لم يكن للغير ولاية إجرائه عنه.

وكل ما تقدَّم أمثلةٌ توضِّح هذا؛ فقد يكون التصرف المبرِّر دَفْعَ دين مستحق الأداء، أو إنفاقًا علىٰ صغار يضيعون بترك النفقة، أو فكِّ أسير، أو التقاط ضائع، أو ردِّ شارد، أو استنقاذ مال علىٰ خطر الهلاك، أو الخصومة في حقٍّ يضيع بتركه، أو بيع مالٍ تستدعي الحاجةُ بيعَه، أو إيجاره.

ولما كانت الضرورة تُقدَّر بقَدْرِها، فلا شكَّ أنَّ تقديرها يؤثر فيه خطورة التصرف؛ فالبيع لمال الغير لا يمضي ولا ينفذ إلَّا إذا كانت الحاجة إليه ملحَّة؛ بألَّا يكون منه بُدٌّ، أمَّا حوزُ الهبة والعتق عن الغير، فتكاد الضرورة أن تلغىٰ فيهما، فهي في الأول محتملة الوقوع؛ إذ إن موت الواهب قبل حوز الهبة يُبطلها علىٰ الموهوب له، وهي في الثانية مجرد انتفاع، وتحصيل مغنم لا دفع مغرم، وساعد علىٰ عدم اعتبارها فيه أن التصرف نفعٌ محض للمتصرَّف عنه لا ضررَ فيه.

والضرورة تجيء عادةً من أن المتصرف عنه عاجز عن القيام بنفسه بالتصرف؛ إمَّا لغيبته، أو لصغره، أو جنونه، أو عجزه بوجهٍ من أوجه العجز.

ولكن قد يكون المتصرف عنه قادرًا علىٰ التصرف، ومع ذلك يكون للغير التصرف عنه، كما في دفع الدين، والإعتاق عن الغير.

٢٠٩- القصد في التصرف:

ويشترط هنا أن يكون المتصرف علىٰ وعي بأنه يتصرف عن غيره، فلو كان يظن أنه يتصرف لنفسه، اختلفت الأحكام علىٰ نحو ما سنعرف؛ إذ إن المسألة

حينذاك تحكم بقواعد أخرىٰ غير قاعدة المنفعة تختلف عنها في الطبيعة والنتائج، ونتعجل الأمر فنشير هنا إلىٰ أن من يتصرف في مال غيره وهو يظن أنه يتصرف في ماله، إذا تبين الأمر فقد يرجع علىٰ الغير بعوض تصرفه؛ سواء كان التصرف ضروريًّا أم نافعًا، أم كماليًّا.

علىٰ أنَّا نرىٰ الفقهاء في أحيان قليلة، يفسِّرون بقاعدة المنفعة تصرفاتٍ لا يتحقق فيها قصد التصرف عن الغير، وتعتبر المسألة حينئذٍ من باب التسامح، أو التوسع في التفسير[1].

وقصدُ المتصرف يؤثر إلىٰ حدٍّ كبير في جواز الإقدام علىٰ التصرف، ثم في ترتيب آثاره، فدافع الدين إن لم يقصد مصلحة المدين بل قصد مضرَّتَه، لم يجز دفعُه للدين، ولم يستحق الرجوع بما دفعه علىٰ المدين. وملتقط المال الضائع إن لم يقصد حِفظَه علىٰ ربِّه، كانت يده يد ضمان، فإن قصد العمل لربه وحفظه لها، كانت يده عليه يد أمانة.

ويكفي قصد المنفعة، فلا يجب أن تتحقق، فالقصد كافٍ في مَنْحِه الولاية علىٰ التصرف، ولا ينافي هذا أن تمتنع بعض الآثار بأن لا يكون له حق الرجوع، فإذا لم توجد المنفعة لمانع خارجي، أو وُجدت ثم زالت، لم يستحقَّ الرجوع بالعوض، ولكن ذلك لا يَعني أنه لم يمكن له الولاية علىٰ التصرف، بل لسبب آخر سنعرفه.

ثم إن كان مَن عمل لغيره عملًا، أو أنفق له نفقة، إن لم يقصد الرجوع عليه بالعوض وقت التصرف، لم يكن له أن يغيِّر رأيه بعد ذلك ويطالب بالرجوع.

---

(١) في الفقه الفرنسي قبل القضاء أحيانًا دعوىٰ الفضالة في حالات لا تتحقق فيها من الفضولي نية تمثيل الغير.

انظر: planiol, Traité élémentaire de droit civil n.2274 bisbis

وقد فسر هذا المسلك بأنه تطور لفكرة الفضالة، وفسر بأنه توسع في تفسير المادة ١٣٧٢/مدني فرنسي.

انظر: flattet, Les Contrats pour le compte d'autrui n. 160 p. 223

حلمي بهجت بدوي: أثر القضاء الفرنسي في التشريع المصري- مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٧، ص٩٤.

ولا يؤثر في هذا أن يكون قصده نتيجة خطأ في التقدير، فإذا أنفق علىٰ صغار الغير قاصدًا التبرعَ؛ لظنِّ عدم وجود من تجب عليه النفقة، إذا ظهر بعد ذلك من تجب عليه النفقة، لم يكن له أن يرجع متعللًا بخطئه في ظنه.

وبالعكس، لا اعتبارَ بقصد الرجوع إذا ظنَّ أن للصغير المنفق عليه أبًا تجب عليه النفقة، فأنفق ليرجع عليه ثم ثبت بعد ذلك أن الأب حال الإنفاق معسر، وإنما كان ذلك؛ لأنَّ المتصرف عنه (الأب) لم ينتفع بالتصرف؛ إذ لم يسقط عنه واجب كان عليه أن يؤدِّيَه.

وما دام القصد لا يُعرف إلَّا من جهة المتصرف، فالغالب أن يُقبل قوله فيه؛ تطبيقًا للقاعدة المعروفة في الدعوىٰ.

وإذا أثار الشك حوله، فإنه يقبل قوله باليمين، كما لو قامت علىٰ العكس قرينة ضعيفة، ولكن لو قامت علىٰ العكس قرينة قوية فلا يُقبل قوله إلَّا بالبينة التي تشهد بأنه صرح بقصد الرجوع، وقد تبلغ القرينة من القوة حدًّا لا يقبل إثبات العكس حتىٰ بالبينة، كما قالوا فيمن أنفق علىٰ يتيم مفلس وقد أَشهَد علىٰ نيَّة رجوعه إذا طرأ له مال، فإنه يقترض متبرعًا، ولا يُقبلُ قوله: إنه قصد الرجوع.

ويمكن أن يفسر هذا أيضًا بتخلف شرط المنفعة في التصرف، فإن المنفق عليه ليس من مصلحته أن يرتَّب دينٌ في ذِمَّتِه، مع إمكان تفاديه، فالغالب أن لو لم يقم هذا بالنفقة لقام بها غيره احتسابًا، أو صُرفت من بيت المال.

٢١٠- صفة المتصرف:

الغالب أن لا يطلب في المتصرف صفة خاصة؛ فسواء كانت تربطه بالمتصرف عنه صلة قرابة أو جوار أو صداقة، أم كان أجنبيًّا عنه تمامًا، فإنَّ ذلك لا يغير من الأمر شيئًا.

علىٰ أنَّ المذهب يتطلَّب أحيانًا صفة خاصة في المتصرف للقيام ببعض التصرفات لخطورتها؛ فمثلًا: يتطلب في بيع مال القصر أن يكون البائع كافلًا لهم؛ وذلك لما في التسهيل علىٰ بيع أموال الصغار من الخطورة عليهم.

وفي الرأي الذي عليه العمل في المذهب، يتطلب في الخصومة عن الغير أن تكون بين المدعي والمدعىٰ عليه صلة أبوه، وفي إثبات الشهادة لصالح الغير، يتطلب أن تقوم بينهما صلة قرابة.

وتثور هنا مسألة اشتراط الأهلية في التصرف، والمذهب المالكي يشترط في بعض الآراء في الوكيل أن تكون له الأهلية الكاملة للتصرف، علىٰ أن هذه الآراء ترىٰ أن تصرف الوكيل ولو كان ناقص الأهلية يمضي، فهل يقاس المتصرف عن الغير بغير الوكالة، بالوكيل، ويشترط فيه أهلية التصرف؟ إن النصوص لا تجيب بشيء، وإذًا فسيكون هذا من مجالات الاجتهاد.

أمَّا المتصرف عنه؛ فالتطبيقات السابقة تدل علىٰ أنه لا يشترط فيه أهلية للالتزام كاملة أو ناقصة، وهذا طبيعي، فإن ما يجب عليه بسبب تصرف الغير ليس ينشأ عن إرادته حتىٰ يشترط لها شروطها، وإنما يجب عليه بحكم الشرع، فتسري في حقه آثار التصرف، سواءٌ كان عقدًا، أم دعوىٰ، أم تصرفًا فعليًّا نافعًا.

٤ - الأحـكـام

أ- بالنسبة للمتصرف

٢١١- وجوب الاستمرار في التصرف:

إذا كان التصرف في صورة فرض الكفاية كإنقاذ معصوم علىٰ خطر الهلاك، فإنه يجب الاستمرار فيه بعد التلبس به؛ تطبيقًا للقاعدة العامة في فروض الكفاية، فلو تخلَّىٰ عنه وهلك المال ضمنه.

ولكن إذا لم يكن في صورة فرض الكفاية وإنما أقدم عليه بمحض تطوُّعِه، فهل يجب استمراره فيه حتىٰ يقدر المتصرف عنه علىٰ مباشرته بنفسه علىٰ نحو ما يقول به الفقه الغربي وتأخذ به التشريعات العربية؟

من بين التطبيقات السابقة، رأينا ملتقط اللقطة يفرض عليه أن يستمر في حفظها، فلو ردَّها إلىٰ مكانها فضاعت ضمنها، وهذا فيما إذا كان أخذها للحفظ، أمَّا إذا كان أخذها لغير ذلك؛ فقد لا يضمن بردِّها لموضعها، فهل يمكن أن نقيس علىٰ هذا الحكم فنطرده ليشمل غير ملتقط اللقطة ممن يتصرف عن غيره؟ الواقع أنَّا لسنا في حاجة إلىٰ هذا؛ لأن في المذهب المالكي قاعدةً هذا الحكمُ من تطبيقاتها، وهذه القاعدة هي قاعدة الالتزامات، أو «التزام التبرعات»، وهي تصرف ملزم بالإرادة المنفردة، وهي غير الوعد بالتصرف. فهذا الأخير فيه

الخلاف، هل يلزم أم لا؟ أما التزام التبرع فالغالب أنه ملزم، والفقه المالكي يطبق هذه القاعدة في مناسبات كثيرة، والتزام التبرع لا يجب أن يكون التعبير فيه عن الإرادة بالقول الصريح؛ بل يكون كما قالوا -بهذا الصدد- بالقول النفسي.

ونعتقد أنه يمكن تطبيق هذه القاعدة هنا، والقول علىٰ أساسها أنَّ مَن باشر التصرف عن الغير بقصد منفعته، عليه أن يستمر فيه حتىٰ يستطيع ربه القيام به بنفسه.

علىٰ أنه في كثيرٍ من الأحوال، حين يعطي الشخص حقَّ التصرف عن الغير، يكون ذلك بسبب ضرورة حفظ المال وعدم إضاعته، وحفظ المال وعدم إضاعته واجب في المذهب المالكي، وهو بالنسبة لمال الغير واجب كفائي علىٰ غيره، فترجع المسألة إلىٰ القاعدة السابقة.

٢١٢- بذل العناية في التصرف:

ويجب علىٰ المتصرف أن يتم تصرفه علىٰ وجه السداد والنظر، فإن كان بيعًا أو إيجارًا، وجب أن يكون بعوض المثل، أو فداء، وجب أن يكون بمثل ما يفدىٰ به، أو نفقة، وجب أن تكون بالمعروف، وأن لا تكون علىٰ وجه السرف.

فلو باع أو آجر بأقلَّ من عوض المثل، لم يمض العقد علىٰ المتصرف عنه، ولو فدىٰ بأكثر مما يفدىٰ به، لم يستحقَّ الرجوع بما زاد علىٰ الفداء المعتاد، ولو أنفق أكثر من النفقة العادية، لم يرجع بالسرف.

وفي التطبيقات السابقة أمثلة كثيرة في هذا الصدد.

ولتحديد هذه العناية، نقول بلغة النصوص: إنها توجد حين يكون التصرف بالمعروف.

٢١٣- يد المتصرف يد أمانة:

إذا كان التصرف التقاط مالٍ ضائع، أو ردَّ شارد، أو استنقاذ مال، أو نحو ذلك مما يستلزم فيه التصرف حيازة الشيء، فإن يد المتصرف عليه تكون يد أمانة. فيجب أن يبذل في المحافظة عليه العناية الاعتيادية، ويُسأل عن تعدِّيه

أو تفريطه، ولكن إذا هلك الشيءُ في يده أو انتقص من غير تَعَدٍّ منه ولا تفريط، لم يجب عليه ضمانه.

٢١٤- استحقاق الرجوع وحبس المال المنتفع:

وإذا بذل جهدًا له قيمة مالية، أو خسر عينًا مالية بسبب تصرفه النافع، فإنه يجوز له أن يرجع بها علىٰ المتصرف عنه، وله أن يحبس فيها المال موضوع التصرف؛ فرادُّ الآبق يحبسه في الجعل، والملتقط يحبس اللقطة في النفقة عليها، وهكذا.

وهذا مفهوم إذا لاحظنا أن الفقه المالكي يصور مثل هذا العوض بأنه دين في الرقبة.

ب- وبالنسبة للمتصرف عنه

٢١٥- يضاف إليه حكم التصرف:

إن حكم التصرف يمضي في حق المنصرف عنه، فإذا كان بيعًا لمالك، انتقلت ملكيَّتُه عنه وثبت حقه في الثمن، وإذا كان إيجارًا، نُقل ملك المنفعة إلىٰ المستأجر وثبت حقه في الأجرة، ولا يكون له أن يفسخ عقد البيع أو الإيجار.

وفي التصرف بالإرادة المنفردة كالعتق، يثبت له به حق الولاء، وتسقط عنه الكفارة.

وفي الدعوىٰ يستفيد من الحكم إذا صدر لصالحه، فلا يحتاج لإعادة الخصومة ولا لإفادة البينة التي أقيمت له، أمَّا إذا صدر ضدَّه فتسري أحكام القضاء علىٰ الغائب، وإن لم يكن عنه خصم حاضر.

ولو كان التصرف حوزًا للهبة عن الغير [لم][1] تتم الهبة في حقه، فلا تبطل بموت الواهب أو مرضه أو إعساره قبل تمكن الموهوب له من حوزها بنفسه. ولكن ما شأن الحقوق أو الالتزامات التي تترتب بسبب التصرف؟ وهل يطالب مباشرة بها؟ فإذا كان بيعًا لماله، فهل يكون المشتري من الفضولي أن يطالب رب المال مباشرة بتسليم المبيع، ويطالبه هذا بتسليم الثمن؟ وإذا قيل: إن المذهب المالكي يُجيز بأن يطالب الموكل بحقوق العقد، ويطالب بها، فهل يقاس عليه المتصرف عنه بدون وكالة؟

في التطبيقات السابقة، لم تسنح لنا الفرصة لمعرفة الجواب؛ فالنصوص دائمًا تبحث العلاقة بين المتصرف والمتصرف عنه، ولا تبحث العلاقة بين هذا الأخير والطرف الثالث.

ونضيف هنا أنَّ المذهب المالكي في شأن التصرف عن الغير الذي يبرره المنفعة، يلتزم حذرًا بالنسبة للعقود، لا يلتزمه بالنسبة للتصرف الفعلي.

٢١٦- الالتزام بالتعويض:

يلتزم المتصرف عنه بتعويض المتصرف عن كل ما بذله من عمل أو مال في سبيله، بشرط أن يتحقق انتفاعه بالتصرف، وأن يفتقر التصرف بسببه إذا لم ينشأ عن التصرف منفعة له، لم يجب عليه تعويض المتصرف وإن كان قد لحقه بسبب التصرف خسران، وقد مرَّت أمثلة علىٰ هذا.

وبالمثل، لو انتفع بالتصرف، ولكن من غير افتقار المتصرف، لم يجب عليه التعويض عن المنفعة التي وصلت إليه.

ويجب أن يكون هذا الافتقار في صورة خسارة مالية ليستحق عنه تعويضًا ماليًّا، ويستوي أن تكون هذه الخسارة في صوره عين مال أو منفعة لها قيمة مالية.

---

(١) كلمة غير واضحة في الأصل. (الناشر).

فإذا انكسرت السفينة فألقىٰ البحر المتاع علىٰ الساحل فحازه شخص، فإن صاحبه يأخذه منه، ولا يجب عليه تعويض مَن حازه؛ لأنه لم يبذل فيه جهدًا أو مالًا[1]. وهكذا مَن وجد آبقًا، أو شاردًا بغير عمل، فلا يستحق الجعل علىٰ ردِّه؛ لأنه لم يبذل لتحصيله جهدًا ولا مالًا[2] ويمكن أن يفسَّر عدم الرجوع في هذه المسألة أيضًا بوجوب ذلك علىٰ فاعله، ومَن فعل ما وجب عليه لم يستحق أخذ الأجرة بالعقد، فكذلك بدونه.

هذا، وإذا كان المتصرف الذي بذل منفعته ليس من شأنه أخذُ عوضٍ عن بذلها؛ فإنه لا يستحق العوض، ويمكن أن يقال هنا: إن هذه المنفعة لم تعتبر قيمة مالية.

هذا، وفي كل الأحوال ما يجب أن يدفعه هو الأقل من شيئين؛ ما افتقر به المتصرف، وما أثرىٰ به هو.

٢١٧- حقه في التخلي:

فإذا كان ما وجب العوض بسبب التصرف فيه، والنفقة عليه عينًا مالية، فإنه يجوز له أن يتخلَّىٰ عنها في نظير ما يجب عليه بسببها من عوض.

وهذا منطقي بعد أن ذكرنا أن ما يجب عليه هو الأقل من شيئين؛ ما افتقر به المتصرف، وما أثرىٰ هو به.

وبعد أن ذكرنا أن مثل هذا العوض يصور في الفقه المالكي علىٰ أنه لا يثبت في الذمة، وإنما يثبت في رقبة المال المنتفع.

وفي التطبيقات شواهد كثيرة علىٰ ما سبق.

---

(١) المدونة ج١٥ ص١٧٨.

(٢) الحطاب ج٥ ص٤٥٥.

٥ - الدعوى والإثبات

٢١٨- إذا ادَّعىٰ المتصرف أنه تصرف عن الغير بالولاية التي يمنحها الشرع له بسبب المنفعة؛ تمهيدًا لمطالبته بالتعويض، أو دفعه المسئولية عن الضمان فإنه يجب عليه إثبات ما يعرف من غير جهته، فيثبت حالة الضرورة التي جوَّزت له التصرف بالبينة؛ فمثلًا: يثبت وقوع المال الذي خلصه في يد العدو أو وجوده في مضيعة، وعدم من يعول الصبي الذي أنفق عليه وهكذا، ولكن إذا كانت الحالة التي يدعيها يستحيل معها وجود البينة، كما لو كان في بريَّة وحدَه، فيُقبل إثباته بالقرائن.

أمَّا ما لا يُعرف إلَّا من جهة؛ كقصده التصرف لمنفعة المتصرف، وقصده الرجوع؛ فيُقبل قولُه، وعند اتهامه يقبل قوله باليمين.

وفي دعواه قدر ما يستحق الرجوع به، الأصل أن يجب إثباته بالبينة، فيثبت بها قدر الفداء، وقدر النفقة، وقدر ما دفع من دين.

ولكن إذا كان ما يدَّعيه الإنفاق علىٰ صغير في كفالته، أو وديعة في حيازته؛ فيجب أن يثبت كون الصغير في كفالته والوديعة في يده، فإذا ثبت ذلك قُبلت دعواه في قدر النفقة إذا ادَّعىٰ نفقة عادية.

هذا، وحين يطلب الإثبات بالبينة فهي هنا شاهدان، أو شاهد ويمين.

الفصل الثاني

المذهب الحنبلي

القسم الأول

الـتـطـبـيـقـات

١ - أداء الواجب عن الغير

٢١٩- للشخص -ولو لم يكن وليًّا لا وكيلًا- الولايةُ علىٰ أن يؤدي ما وجب علىٰ غيره، عن هذا الغير، فإذا أدَّاه استحقَّ الرجوع عليه بعوضٍ إن كان قصد بأدائه الرجوع.

هذا هو المذهب، وقد نصَّ عليه الإمام أحمد.

وقد رُوي عن الإمام رواية أخرىٰ، وأخذ بها بعض الفقهاء الحنابلة: أنَّ مَن أدىٰ واجبًا من غيره لا يستحق الرجوع عليه، ويفترض أنه قد تبرع بالأداء فرضًا لا يقبل العكس.

ولكن الرأي الذي كتبت له السيادة في المذهب الحنبلي، هو الأول؛ فعليه لا بد من توافر شروط في هذا الأداء حتىٰ يستحق به الرجوع.

فيشترط فيه أن يكون الواجب المؤدىٰ حقًّا لآدمي، فإن كان حقًّا لله؛ كزكاة، أو كفارة، أو نحوهما، فليس للغير أن يؤديه عنه، فإن فعل لم يستحق الرجوع؛ ذلك أن حق الله أمر يحتاج في أدائه إلىٰ النية، ولو قيل بالنيابة في النية، فإنها لا تتحقق هنا، فلا يصح الأداء عنه، ولا يسقط به الواجب، وبالتالي لا يجب علىٰ الغير العوض عن شيء لم ينتفع به.

وفيما عدا هذا، يستوي أن يكون الواجب المؤدىٰ دينًا عاديًّا، أو فداء أسير، أو نفقة قريب.

فكل هذه الواجبات تحكمها في المذهب الحنبلي قاعدة قضاء الواجب، بالرغم من اختلافها في الطبيعة اختلافًا يدعو إلىٰ تلون أحكامها، وهذا ما سنرىٰ أثره في المذهب نفسه.

ثم يشترط للرجوع أن يقصده، ولا يكفي عدم قصد غيره، فإذا ذهل عن نية الرجوع لم يستحق الرجوع إلا في رأي.

والأصل أن القصد عمل نفسي فيكفي نيته، وتُقبل دعواه، وإن لم يصرح به، علىٰ أن بعض الفقهاء الحنابلة اشترط التصريح به والإشهاد أيضًا علىٰ التصريح، والظاهر أن المقصود بالإشهاد هنا الإثبات.

ولا يؤثر بعد ذلك أن يكون المتصرف قريبًا، أو أجنبيًّا أمينًا، أو فضوليًّا له مصلحة في هذا التصرف، أو لا مصلحة له.

كما لا يؤثر بعد ذلك أن يكون المؤدىٰ عنه عاجزًا عن الوفاء، أو ممتنعًا منه، ولا أن يتعذَّر استئذانه، أو يمكن استئذانه، علىٰ أن -القاضي من الحنابلة- قد خالف في المسألة الأخيرة، فاشترط لاستحقاقه الرجوع أن يتعذَّر استئذان المؤدىٰ عنه؛ إمَّا لغيبة ونحوها، أو لامتناعه.

أمَّا مقدار ما يرجع به؛ فهو الأقل من أمرين: ما أداه، أو قدر الدين، وإذا أوفىٰ دينًا مؤجلًا لم يستحق الرجوع به حالًّا؛ لأن لمدين لا يلزمه أن يؤدي له أكثر مما كان يلزمه للغريم.

٢٢٠- وتؤسس قاعدة «قضاء الواجب عن الغير» كما يقول الفقيه الحنبلي ابن القيم: علىٰ الولاية الشرعية أو الإذن الشرعي؛ فالمؤمنون بعضهم أولياء بعض، ومن يؤدي واجبًا عن غيره، يكون نائبه في هذا الأداء بمنزلة وكيله بالعقد، أو وليه بنصب الشارع.

وكان المنطق علىٰ هذا يقضي بأن لا يمكن الدائن من الامتناع عن الاقتضاء من الغير، وهذا احتمال في المذهب، ولكن المشهور فيه أنه لا يمكن من ذلك؛ فلا يجبر علىٰ الاقتضاء من غير مدينه، أو ولي المدين أو وكيله، والسبب في ذلك -كما يقولون- أن فيه منَّة تلحق الدائن، فلا يُجبر علىٰ تحمُّل المنَّة.

٢٢١- ويتحمَّل المؤدي واجبًا عن غيره عبءَ إثبات الدين وإثبات أدائه له، أمَّا قصد الرجوع؛ فلمَّا كان أمرًا لا يُعرف إلَّا من جهته، فيُقبل قولُه فيه، لكن بيمينه إن طلبها المدين.

٢٢٢- نصوص:

مسائل الإمام أحمد، (ابن منصور)، القسم الأول ص٦٦:

قلت: إذا ضمن عن الرجل بغير أمره أله أن يرجع عليه؟ قال: إذا كان بأمره فهو أوكد، وإذا لم يأمره لم يرجع. هل وهب له شيئًا؟ هل ملكه شيئًا؟ إنما ضمن عنه ضمانًا؛ مثل من يجد الأسير في يد العدو فيشتريه، أليس كلهم قال: يرجع عليه بالثمن؟

ابن عقيل، ورقة ١٤١ب:

وإذا ضمن عليه بغير إذنه وقضىٰ بغير إذنه، فهل يرجع به؟ **علىٰ روايتين**؛ نقل الأثرم وابن منصور أنه يرجع، وهو اختيار الخرقي وأبي بكر؛ لأنه **أدَّىٰ عنه حقًّا واجبًا محتسبًا به**[1]، ولا يفتقر الرجوع إلىٰ الإذن والثاني: لا يرجع؛ لأنه أتىٰ بواجبٍ علىٰ غيره بغير نيابة ولا ولاية، فكان في حقه نافلة كما لو كان حاضرًا غير ممتنع من علف بهائمة ونفقة زوجاته، فبادر إنسان وفعل **ذلك بقصد الإحسان إليه؛** فإنه لا يلزمه ذلك كذلك هنا.

الإنصاف، ج٥ ص٢٠٤-٢٠٥:

الرابعة: أن يضمن بغير إذنه، ويقضي بغير إذنه، فهذه فيها الروايتان؛ إحداهما: يرجع، وهو المذهب بلا ريب، ونصَّ عليه [أحمد]؛ قال -في القواعد-: واشترط **القاضي** أن ينوي الرجوع ويشهد علىٰ نيته عند الأداء، فلو نوىٰ التبرع أو أطلق النية، فلا رجوع له أيضًا، واشترط أيضًا أن يكون المدين ممتنعًا من الأداء، وهو يرجع إلىٰ **أن لا رجوع إلا عند تعذر** إذنه، وخالف في

---

(١) كلمة «محتسبًا» هنا من الحساب بمعنىٰ قاصدًا الرجوع، كما هو ظاهر، وتجيء في بعض النصوص من «الحسبة»؛ بمعنىٰ متبرعًا.

ذلك صاحب المغني والمحرر، وهو ظاهر إطلاق الأكثرين. (انتهىٰ)

وإن قضاه ولم ينوِ الرجوع ولا التبرع؛ **بل ذهل عن قصد** الرجوع وعدمه؛ فالمذهب أنه لا يرجع وقيل: يرجع، وهو ظاهر نقل ابن منصور، وهو ظاهر الخرقي، وجزم به في الوجيز.

فائدة: **وكذا الحكم في كلِّ مَن أدَّىٰ عن غيره دينًا واجبًا علىٰ ما تقدَّم من التفصيل والخلاف.**

المغني، ج٥ ص٨٩:

ويرجع الضامن عن المضمون عنه بأقل الأمرين، مما قضىٰ أو قدر الدين؛ لأنه إن كان الأقل قدر الدين، فالزائد لم يكن واجبًا، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقلَّ فإنما **يرجع بما غرم**، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء، وإن دفع عن الدين عرضًا رجل بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين؛ لذلك فإن قضىٰ المؤجل قبل أجله **لم يرجع به قبل أجله**؛ لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم، **فإن أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه**، ويرجع بالأقل مما أحال به أو قدر الدين، سواء قبض الغريم من المحال عليه، أو برأه، أو تعذَّر عليه الاستيفاء لفلس أو مطل؛ لأن نفس الحوالة كالإقباض.

ابن القيم، ج٢ ص٣٢٥:

فأمَّا الأصل الأول [أنَّ مَن أدَّىٰ دينًا عن غيره يعتبر متبرعًا]؛ فقد دلَّ علىٰ فساده القرآن والسنة وآثار الصحابة والقياس الصحيح ومصالح العباد. أمَّا القرآن؛ فقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وفي ص٣٢٨:

ومما يدل علىٰ أنَّ مَن أدَّىٰ عن غيره واجبًا، أنه يرجع عليه به، قوله تعالىٰ: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾ [الرحمن: ٦٠]، وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن إليه بأداء دينه أن يضيع عليه معروفه، وأن يكون جزاؤه منه إضاعة ماله ومكافأته عليه بالإساءة، وقد قال النبي ﷺ: «**من أسدىٰ إليكم معروفًا فكافئوه**»، وأي مكافأة أقبح من إضاعة ماله عليه وذهابه؟ وقد

عقد الله ﷻ الموالاة بين المؤمنين، وجعل بعضهم أولياء بعض، **فمن أدَّىٰ عن وليِّه واجبًا كان نائبه فيه بمنزلة وكيله وولي من أقامه الشرع للنظر في مصالحه**؛ لضعفه، أو عجزه فأدىٰ هذا الواجب عن غيره، وقام **مقامَ تأديته، هو بحكم النيابة عنه شرعًا.**

الفروع، ج٢ ص٢٧٦:

ومن أراد قضاء دين عن غيره فلم يقبله ربه، أو عسر بنفقة زوجته فبذلها أجنبيٌّ، **لم يجبر**، وفيه احتمال كوكيله، وكتمليكه للزوج والمديون.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٢٢٠:

ومن أراد قضاء دين عن غيره فأبىٰ ربه قبضه من غير المدين، أو أعسر بنفقة زوجته فبذلها من لم تجب عليه نفقتها، فأبت لم يجبر؛ لما فيه من المنَّة عليها[1].

---

(١) الخرقي، ص٩٦، رسالة القياس، ص٥٥، مختصر الفتاوىٰ، ص٤٥٤-٤٥٥، القواعد ص١٣٧-١٣٩، الفروع ج٢ ص٦١٥، التنقيح ص١٤٥، المغني ج٥ ص٨٨ و٨٩-٩٢، الكشاف ج٣ ص٣٠٨، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٥١، العدة ص٢٤٥.

٢ - الفعل النافع

٢٢٣- وفي غير أداء الواجب، إذا قام شخص بعمل لغيره، يقصد بذلك منفعة هذا الغير، ثم الرجوع عليه بما يبذله فيه من جهد أو مال، لا يستحق من عمل الرجوع بشيء، ويعتبر متبرعًا، يستوي في هذا أن يكون معدًّا لأخذ الأجرة، أو بعبارة أخرىٰ، أن يكون العمل من أعمال مهنته، أو لا يكون كذلك، كما يستوي أن يكون العمل مما لا بد لربه منه؛ بأن كان يجاعل علىٰ مثله، أو لا يكون كذلك. وحتىٰ لو جوعل علىٰ نفس العمل ولكن العامل لم يعلم بالجعل وعمله؛ فإنه لا يستحق الأجر عليه. ففي كل هذه يعتبر العامل متبرعًا، سوىٰ ما يستثنىٰ من التطبيقات الخاصة التي سيأتي ذكرها.

وقد وردت نصوص عن إمام المذهب نفسه بهذا المعنىٰ، وأخذ به الكثرة من الفقهاء الحنابلة، حتىٰ اعتُبر هو المذهب.

وقد أسَّسوا هذا الحكم علىٰ أنَّ العامل ليس له ولاية علىٰ هذا العمل، ما دام غير ولي ولا وكيل، فلا يكون له أن يرتب علىٰ غيره حقًّا لم يلتزمه، ولم تطب نفسه به.

٢٢٤- وقد وردت نصوص أخرىٰ عن إمام المذهب نفسه، تفيد أنَّ من عمل عملًا لمنفعة غيره، يحتاج إليه هذا الغير، وقصد الرجوع بعوضه عليه، فإنه يستحق الرجوع، وهذا مثل أن يحصد زرع الغير في غيبته، فيرجع عليه بأجرة المثل، ومثل أن يعمل في قناته، فيكون له ما أنفق، ومثل أن يخلص متاعه من البحر بعد غرقه، فيستحق عليه عوض عمله في تخليصه.

وقد اختلفت طرق الفقهاء الحنابلة في تفسير هذه النصوص.

فخرَّجها بعضهم علىٰ القواعد العامة؛ أي بأن العامل في هذه النصوص يملك آثار عمله، ويكون للمالك أن يتملكها عليه بسبب اتصالها بملكه طبقًا لفكرة «التملك القهري»، ويتملكها بقيمتها، وحينذاك يكون التزام المالك بالقيمة التزامًا بإرادته المنفردة.

وحمل بعضهم النصوص علىٰ ظاهرها، وجعل حكمها مطردًا في كل من عمل لغيره عملًا يحتاج إليه هذا الغير، وقد قصد منفعته.

وقد أخذ بهذا الرأي من فقهاء الحنابلة المتأخرين: ابن تيمية، وابن القيم.

ويبرر ذلك ابن القيم بأنه هو ما تقضي به العدالة برعاية المصالح، أمَّا العلة الفنية فيه -كما يراها- فهي تارةً الإذن الشرعي، وتارة أخرىٰ الإذن العرفي.

وابن القيم يسوي بين أن يكون التصرف عملًا ماديًّا فيستحق العامل أجرة المثل، أو نفقة مالية فيستحق عوضها، أو إتلافًا تستدعيه المصلحة -كما أذا أتلف بعض المال لإنقاذ بعضه- فيعفىٰ من المسئولية.

وكل ما اشترطه -فيما يبدو- أن يكون التصرف مما تدعو إليه حاجة العمل، أو بعبارته أن يكون حفظًا لمال المالك، واحترازًا له من الضياع، ويمثل لهذا بحصاد الزرع في غيبة ربه، وتخليص ما غرق من الأموال، والإنفاق علىٰ حيوان الغير، وذبحه إذا أشرف علىٰ الهلاك، وهكذا.

وابن القيم يفسر بهذا التطبيقات الخاصة، التي يرىٰ المذهب الحنبلي أنَّ للعامل فيها الولاية علىٰ التصرف عن غيره، وإن لم يكن وليًّا ولا وكيلًا؛ مثل «ضم اللقطة، ورد الآبق، وحفظ الضالة»، والإنفاق علىٰ هذه الأشياء.

٢٢٥- وإذا أخذنا بهذا الرأي الأخير، فالظاهر أن المتصرف يكون فيه بمنزلة الأمين الشرعي، فيلزمه من العناية في الحفظ ما يجب في الأمانة الشرعية، ويُعفىٰ عن مسئولية هلاكه إذا حدث عن غير اعتداء ولا تفريط، ويجري في حكم رده علىٰ صاحبه الخلاف في رد الأمانة الشرعية.

٢٢٦- نصوص:

أ- مسائل الإمام أحمد (ابن منصور)، القسم الأول ص٦٧:

قلت: سئل سفيان عن رجل ارتهن الدابة فعلفها من غير أن يأمره صاحب، فقال: العلف علىٰ المرتهن من أمره أن يعلف، قال أحمد: هذا متبرع.

الكافي، باب الجعالة:

ومن عمل لغيره عملًا بغير جعل فلا شيءَ له؛ لأنه **بذل منفعته بغير عوض فلم يستحقه**، وإن التقط لقطة قبل الجعل ثم بلغه الجعل، لم يستحقه وإن التقطها **بعد الجعل ولم يعلم بذلك** لم يستحقه؛ لأنه تطوع بالالتقاط.

المغني، ج٦ ص٢٥٤:

ومن عمل لغيره **عملًا** غير ردِّ الآبق بغير جعل، لم يستحق عوضًا، **لا يعلم في هذا خلافًا**؛ لأنه عمل يستحق به العوض مع المعاوضة، فلا يستحق **مع عدمها** كالعمل في الإجارة.

الكشاف، ج٤ ص١٧٥:

من عمل لغيره عملًا بغير جُعل فلا شيء له؛ لأنه بذل منفعته من غير عوض فلم يستحقه، **ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلتزمه ولم تطب نفسه به**، إن لم يكن العامل معدًّا لأخذ الأجرة فإن كان معدًّا لذلك وأذن له المعمول في العمل، فله أجرة المثل؛ لدلالة العُرف علىٰ ذلك.

ب- القواعد، ص١٣٦:

فأمَّا من عمل في مال غيره علىٰ غير ما ذكرنا، [ما أذن فيه رب العمل أو كان تخليصًا لماله من الهلاك]؛ **فالمعروف** من المذهب أنه لا أجرة له. ونقل أبو جعفر الجرجاني عن أحمد في رجل عمل في قناة رجل بغير إذنه، فقال: لهذا الذي عمل نفقته إذا عمل ما يكون **مصلحة** لصاحب القناة، وهذه **تتخرج علىٰ** أصلين؛ أحدهما: أن الغاصب يكون شريكًا بآثار عليه، وبالتالي: أن **يجبر علىٰ أخذ قيمة آثار عمله من المالك لتملكها عليه**، وخرج القاضي في خلافه بأن يكون

شريكًا بآثار عمله إذا زادت به القيمة وحمل ابن عقيل هذه النصوص علىٰ أن العامل هنا في القناة كان شريكًا فيها، وليس في النصوص شيء يشعر بذلك، ومن الأصحاب مَن أقرَّ النصوص علىٰ ظاهرها، وجعل **الحكم مطَّردًا في كل من عمل عملًا لغيره، فيه مصلحة له وهو محتاج إليه**؛ كحصاد زرعه، والاستخراج من معدته - ونحو ذلك تخريجًا من العمل في القناة، ومنهم **الحارثي**.

ابن القيم، ج٢ ص٣٢٢-٣٢٤:

وقد جرىٰ العُرف مجرىٰ النطق في أكثر من مائة موضع منها لو رأىٰ شاةَ غيرِه تموت **فذبحها**؛ **حفظًا لماليَّتِها عليه**، كان ذلك أولىٰ مِن تركها تذهب ضياعًا، وإن كان من جامدي الفقهاء من يمنع من ذلك، ويقول: هذا **تصرُّف في ملك الغير**، ولم يعلم هذا اليابس أنَّ التصرف في ملك الغير إنما حرَّمه الله لما فيه من الإضرار به بترك التصرف هنا، هو الإضرار. ومنها: لو استأجر غلامًا فوقعت الأكلة في طرفه فتيقن أنه إن لم يقطعه سرت إلىٰ نفسه فمات، جاز له قطعه **ولا ضمان** عليه. ومنها لو رأىٰ السيل يمر بدار جاره، فبادر ونقب حائطه وأخرج متاعه فحفظه عليه، جاز ذلك، ولم **يضمن** نقب الحائط. ومنها: لو قصد العدو مال جاره، **فصالحه ببعضه دفعًا عن بقيته، جاز له** . . .، ولم يضمن ما دفعه إليه. ومنها: لو وقعت النار في دار جاره فهدم جانبًا منها علىٰ النار؛ لئلا تسري إلىٰ بقيتها، **لم يضمن** . . . ومنها من نصب نفسه للأجرة وجب له أجرة مثله وإن لم يشترط معه ذلك لفظًا عند جمهور أهل العلم بل ليس يقف الإذن فيما يفعله الواحد **من هؤلاء وغيرهم علىٰ** صاحب المال خاصةً؛ لأن المؤمنين بعضهم أولياء بعض في الشفقة والنصيحة والحفظ . . .؛ **ولهذا جاز** لأحدهم ضم اللقط ورد الآبق وحفظ الضالَّة، حتىٰ إنه يحسب ما ينفقه علىٰ الضالة والآبق واللقطة، **وينزل إنفاقه عليها بمنزلة إنفاقه لحاجة نفسه** لما كان حفظًا لمال أخيه، وإحسانًا إليه، فلو علم المتصرف لحفظ مال أخيه أنَّ نفقته تضيع، وأن إحسانه يذهب باطلًا في حق الشرع، لَمَا أَقدم

علىٰ ذلك ولضاعت مصالح الناس، ورغبوا عن حفظ أموال بعضهم بعضًا، وتعطَّلت حقوقٌ كثيرة، وفسدت أموال عظيمة، ومعلومٌ أن شريعة من بهرت شريعتُه العقولَ، وفاقت كلّ شريعة، **تأبىٰ ذلك كلَّ الإباء**.

وفي ص٣٢٨-٣٢٩:

وليس الشأن في هذه المسألة [مسألة أداء الواجب] لوضوحها واقتضاء أصول الشرع وفروعه لها، وإنما الشأن فيمن عمل في مال غيره عملًا بغير إذنه، يتوصل بذلك العمل إلىٰ حقِّه، **أو فعله حفظًا لمال المالك، واحترازًا له من الضياع**؛ فالصواب: أنه يرجع عليه بأجرة عمله. **وقد نص عليه الإمام أحمد** رضي الله عنه في عدة مواضع، منها: إذا حصد زرعه في غيبته فإنه نصَّ علىٰ أنه يرجع عليه بالأجرة، وهذا من أحسن الفقه، فإنه إذا **مرض أو حبس أو غاب**، فلو ترك زرعه بلا حصاد، فإذا علم من يحصده له أنه يذهب عليه عمله ونفقته ضياعًا، لم يقدم علىٰ ذلك، وفي ذلك من إضاعة المال وإلحاق الضرر بالمالك ما تأباه الشريعة الكاملة، فكان أن أذنت للأجنبي في حصاده، والرجوع علىٰ مالكه بما أنفق عليه حفظًا لماله ومال المحسن إليه ومنها ما نصَّ عليه فيمن عمل في قناة رجل بغير إذنه فاستخرج الماء، قال: لهذا الذي عمل نفقته. ومنها لو انكسرت سفينة فوقع متاعه في البحر، **فخلصه** رجل، فإنه لصاحبه وله عليه أجرة مثله، وهذا أحسن من أن يقال: لا أجرة له، فلا تطيب نفسه بالتعرض للتلف والمشقَّة الشديدة، ويذهب عمله باطلًا، أو يذهب مال الآخر ضائعًا، وكل منهما فساد، والمصلحة في خلافه ظاهرة، والمؤمنون يرون قبيحًا أن يذهب عمل مثل هذا ضائعًا، ومال هذا ضائعًا، ويرون من أحسن الحسن، أن يسلم مال هذا، وينجح سعي هذا[1]

---

(١) في «أ» و«ب» الخرقي ص١١٠، الفروع ج٢ ص٧٧٠، الإنصاف ج٦ ص٣٩٢، التنقيح ص١٨٢، الروض وكافي المبتدي ص٤٧٠، غاية المنتهىٰ ج٢ ص٢٨٥، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٤٧٠

٣ - القيّم الفعلي

٢٢٧- كافل اللقيط:

يفرق المذهب الحنبلي بين اللقيط وغيره في حكم الكفالة، واللقيط -كما عرَّفوه- «طفلٌ غيرُ مميِّز[١] لا يعرف نسبه، نبذ أو ضل»، والتقاطه فرض كفاية إذا قام به شخص سقط عن الباقين، وإذا قام بالتقاطه وكفالته شخص يلزمه الاستمرار في ذلك حتىٰ يستقلَّ بنفسه كما هي القاعدة في فروض الكفاية.

وينفق عليه مما وجد معه من مال، أو مما يستحقه من وقف علىٰ اللقطاء أو نحوه، أو من بيت المال.

والذي يهمنا معرفة حدود ولاية الكافل عليه.

وفي المذهب الحنبلي يملك كافله أن يتصرف عنه من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر -من بيع ونحوه- ما تدعو إليه الضرورة.

وله أن يتصرف عنه بما فيه نفع محض؛ كأن يقبل ما يوهب له، أو ما يوصىٰ به له.

ويملك تربيته وإدارة شئونه، وله أن ينفق عليه من ماله، كما له أن ينفق عليه من مال نفسه، علىٰ أن يرجع عليه بعد أو علىٰ من يجب عليه نفقته من بيت المال أو غيره، وقد أسسوا هذا علىٰ قاعدة «قضاء الواجب عن الغير».

---

(١) هذا هو الصحيح، وقيل: غير بالغ، وعليه الكثرة من الفقهاء.

ويكون الكافل في هذا كالولي، فيُقبل قوله في الإنفاق، وفي قدره، ويُقبل قوله في عدم التعدي والتفريط، إذا ادَّعىٰ عليه ضمان ما هلك في يده من مال اللقيط.

ويجب أن يبذل في كفالته العناية المعتادة، فلا يملك ما يضرُّ باللقيط، ومن ذلك أنه لا يملك أن ينقله إلىٰ البادية وقد التقطه في الحضر، ولكن لو كانت الحاضرة بلدًا وبيئةً، ملك نقله إلىٰ البادية.

وفي هذا التطبيق، الكافل قيِّم فعلي ليس وليًّا شرعيًّا، ومع ذلك صحَّت تصرفاته عن الغير، ومن بين هذه التصرفات: التصرف القولي، والتصرف الفعلي.

٢٢٨- كافل غير اللقيط:

إذا كان الصغير معروف النسب، فإنه لا يعتبر لقيطًا، ولا تسري عليه أحكام اللقيط.

ومن ذلك، أنَّ مَن كفله مع وجود وليِّه؛ (من أب، أو وصيه، أو حاكم، أو أمينه)، فإنه لا يملك أن يتصرف عنه حتىٰ التصرفات النافعة نفعًا محضًا؛ كقبول الهبة، أو الوصية.

ولكن لو كان الولي معدومًا، أو كان حكمه حكم المعدوم؛ مثل أن يكون عاجزًا أو غيرَ أمين، فإن للقادر علىٰ الكفالة الأمين عليها من القرابة أو الأجانب، أن يكفل من يخشىٰ عليه الضياع من الصغار، وفي ظاهر النصوص يكون لكافلهم من الولاية عليهم ما يكون للولي الشرعي، فله أن يتصرَّف في أموالهم بكلِّ ما فيه مصلحة لهم.

٢٢٩- نصوص:

الإنصاف، ج٦ ص٤٣٣:

فإن تعذر [الإنفاق علىٰ اللقيط من بيت المال]، فعلىٰ من علم حالة الإنفاق، فهي فرض كفاية كالتقاطه، وهذا الإنفاق يجب **مجانًا عند القاضي، وجماعة** . . . وكلام [المصنف] في المغني **ثبوت العوض للمنفق إن اقترن**

بالإنفاق **قصد الرجوع**، كمن أدَّىٰ واجبًا عن غيره قال [ابن رجب] نفقة اللقيط **خرَّجها** بعض الأصحاب علىٰ الروايتين في «من أدَّىٰ حقًّا واجبًا عن غيره» ومنهم من قال: يرجع هنا **قولًا واحدًا**، وإليه ميل صاحب المغني؛ **لأن له ولاية علىٰ اللقيط**، ونص الإمام أحمد [رحمه الله] أنه يرجع بما أنفقه علىٰ بيت المال. (انتهىٰ).

ص٤٣٧:

وله الإنفاق عليه مما وجد معه **بغير إذن حاكم**، **هذا المذهب** وعليه الأصحاب وعنه [أحمد] ما يدل علىٰ أنه لا ينفق إلَّا بإذنه، وهو وجه في شرح الحارثي، وردَّ هذه الرواية المجدُ في شرحه وكذا الحكم في حفظه ماله ومنها قَبول الهبة والوصية:

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٨٣:

لواجد [اللقيط] حفظ ماله بلا حكم حاكم؛ لأنه وليُّه، ولأنه أولىٰ بحضانته لا من أجل قرابته منه وله الإنفاق عليه من ماله بلا حُكمِ حاكم؛ لولايته عليه ولأنه من الأمر بالمعروف بخلاف مَن غاب وله وديعة أو نحوها وأولاد، فلا ينفق عليهم منها إلَّا بإذن حاكم. وينفق علىٰ اللقيط واجدُه بالمعروف، فإن بلغ **واختلفا في قدر** ما أنفق، أو في التفريط في الإنفاق، فقول منفق؛ **لأنه أمين**.

الإنصاف، ج٦ ص٤٤٠-٤٤١:

إذا التقط [اللقيط] من في الحضر، فأراد نقلته إلىٰ البادية فجزم المصنف [ابن قدامة] أنه لا يقر في يده، وهو الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب وكذا الحكم لو نقله من بلد إلىٰ قرية يستثنىٰ من هذه المسائل لو كان البلد وَبِيئًا -كغور بيسان- ونحوه، فإنه يجوز النقل إلىٰ البادية لتعين المصلحة في النقل، قاله الحارثي

ب- غاية المنتهىٰ، ج٢ ص١٤٠:

وولاية صغير وبالغ مجنون أو سفيه لأب ثم لوصي أب ثم

حاكم، فإن عُدِم حاكم أهل فأمين يقوم مقامَه، وقال أحمد: أمَّا حُكَّامُنا هؤلاء، فلا أرىٰ أن يتقدَّم إلىٰ أحدٍ منهم ولا يدفع إليه شيئًا ويتجه، وهو الصحيح، وكلامهم محمول علىٰ **حاكم أهل** وهذا **ينفعك في كل موضع** فاعتمده، والجد والأم وسائر العصبيات لا ولاية لهم، وقال أحمد فيمن مات وله ورثة صغار ومال إن لم يكن لهم وصي ولهم أم مشفقة يدفع إليها، ويتَّجه أن لها ولاية في الحفظ لا التصرف.

ابن تيمية، ج٤ ص٥٥:

من عنده يتيم وله مال تحت يده فهل له أن يتصرف في ماله **بتجارة أو شراء** بغير إذن الحاكم؟ الجواب: نعم، يجوز له ذلك ولا يفتقر إلىٰ إذن الحاكم إن كان وصيًا، وإن كان غير وصيٍّ وكان الناظر في أموالهم [اليتامىٰ] الحاكم العالم العادل، يحفظه ويأمر فيه بالمصلحة، وجب استئذانه في ذلك، وإن كان في استئذانه إضاعة للمال؛ مثل أن يكون الحكم، أو نائبه فاسقًا، أو جاهلًا، أو عاجزًا، أو لا يحفظ مال اليتامىٰ، حفظه المستولي عليه، **وعمل [ما] فيه من المصلحة من غير استئذان الحاكم**[1].

(١) في «أ» الفروع ج٢ ص٨٥٨، التنقيح ص١٨٤، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٨٢.
و«ب» الإنصاف ج٥ ص٣٢٤، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٢٩١، و٥٢٠-٥٢١.
انظر: مسائل الإمام أحمد (ابن منصور) القسم الثاني ص٧٣.

٤ - النفقة على صغار الغير

٢٣٠- تجب نفقة الزوجة علىٰ زوجها، والقريب علىٰ قريبه، والبهائم علىٰ مالكها، فإذا قام بالنفقة غيرُ من وجبت عليه، فكان القياس أن يرجع المنفق عليه إذا قصد الرجوع؛ تطبيقًا لقاعدة «قضاء الواجب عن الغير».

ولكن الفقهاء الحنابلة لم يطبقوا الحكم علىٰ إطلاقه، بل ميَّزوا بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون من وجبت عليه النفقة ممتنعًا عن أدائها، وفي هذا الفرض أجازوا للغير أن يتولىٰ الإنفاق عنه بالمعروف، ثم يرجع عليه بما أنفق، وإنما كان هذا الحكم رعايةً لجانب المنفق عليه، وهو في الغالب جانب الضعيف -وكما قالوا-: إنَّ امتناعه قد يكون لضعف من وجبت له النفقة وقوة من وجبت عليه، فلو لم يملك المنفق الرجوع لضاع الضعيف. وهذا يذكرنا بمسلك التشريعات العربية الحديثة.

الفرض الثاني: أن لا يمتنع من وجبت عليه النفقة، فإذا أمكن طلبُها منه بأن كان حاضرًا طائعًا بها، فلا تثير المسألة كبير إشكال.

أمَّا إن لم يكن طلبها منه؛ بأن كان غائبًا فقام غيره عنه بها، فمع أن قياس المذهب أن الغير يملك ذلك، إلَّا أنَّ المتأخرين من الفقهاء الحنابلة في ظاهر نصوصهم، لا يُجيزون للغير بعد أن اتفق أن يرجع بما أنفق، ويفترضون تبرُّعَه فرضًا لا يقبل العكس، والظاهر أن ذلك وقع تأثرًا بمسلك المذاهب الأخرىٰ في هذا الصدد، وساعد علىٰ هذا أن **العادة** التبرع بالإنفاق علىٰ من يحتاج النفقة، فغلب حكم العادة.

وقد استثنوا من هذا أن تنفق الزوجة علىٰ نفسها وعلىٰ أولادها، فإنها تملك الرجوع بما تنفقه علىٰ نفسها وعلىٰ أولادها، وقد علَّلوا رجوعها بالنفقة علىٰ أولادها بتبعية نفقة أولادها لنفقتها، والواقع أنَّا لو استعدنا فكرة الضرورة التي مرَّ الكلام عليها في الباب الأول، لوجدنا ما يُلقي الضوءَ علىٰ هذا الاستثناء.

الخلاصة أنَّ النفقة علىٰ صغار الغير، لا يملكها غيره بدون وكالة منه، علىٰ أساس أن يرجع بها، إلَّا إذا كان مَن وجبت عليه قد امتنع منها.

٢٣١- وإذا قيل بالرجوع بالنفقة عن الغير علىٰ الصغار، ومثلها النفقة علىٰ الرقيق والبهائم، فإن ما يرجع به المنفق الأقل من شيئين: ما أنفقه، ونفقة المثل؛ لأن نفقة المثل هي الواجبة، فمَن أدَّىٰ زيادةً عليها، فقد أدَّىٰ ما لم يجب، فيكون متبرعًا ولا رجوع له.

٢٣٢- نصوص:

المغني، ج٦ ص٩٨:

وقياس المذهب ... يرجع بما أنفق علىٰ الآبق، وعلىٰ **عيال الغائب** وزوجاته.

ابن رجب، ص١٣٧-١٣٨.

من أدَّىٰ واجبًا عن غيره **فيندرج تحته صور،** منها نفقة الرقيق والزوجات **والأقارب** والبهائم، وإن **امتنع من تجب عليه** النفقة، فأنفق عليهم غيره، بنيَّة الرجوع كقضاء الدين. ذكره القاضي في خلافه وابن عقيل في مفرداته.

مختصر الفتاوىٰ، ص٤٥٤:

وإذا عجز الأب عن النفقة، فلا نفقة ولا رجوع عمَّا أنفق في هذه المدة، بغير إذنه بلا نزاع، وإنما تنازعوا فيما إذا أنفق منفق علىٰ ابنه بإذنه، أو بدون إذنه مع وجوب النفقة علىٰ الأب.

شرح المنتهىٰ، ج٣ ص٢٥٧-٢٥٨:

ولو غاب الزوج فاستدانت زوجة لها **ولأولادها الصغار** ونحوهم، رجعت

نصًا، ولعله لتبعية نفقة أولادها لنفقتها، ولو امتنع من النفقة زوج أو قريب فأنفق عليهما غيره، رجع عليه منفق علىٰ زوجة أو قريب بنية رجوع؛ **لأن الامتناع** قد يكون لضعف من وجبت له، وقوة من وجبت عليه، **فلو لم يملك المنفق الرجوع لَضاع الضعيف.**

وفي ص٢٥٣:

ولا تفترض امرأة لولد علىٰ أبيه **ولو غائبًا؛** لأنه إشغال لذِمَّتِه، بدون سببٍ يقتضيه ولو **غاب** الزوج فاستدانت لها ولأولادهما الصغار، رجعت، فيحمل ما ههنا علىٰ غير الزوجة.

غاية المنتهىٰ، ج٣ ص٢٤٤:

ولو غاب زوج واستدانت لها ولأولادها الصغار، رجعت **ويتَّجه ومثله قريب.** ولو امتنع منها زوج أو قريب أو مالك رقيق أو بهائم، رجع عليه منفق بنية رجوعٍ بالأقل مما أنفق، أو نفقة مثل.

٥ - فداء الأسير

٢٣٣- الأسير في أيدي الحربيين يجب عليه أن يفتدي نفسه إذا كان قادرًا، فإن كان عاجزًا وجب علىٰ بيت المال أن يفديه، أو فداه جماعة المسلمين، وهذا إذا كان حرًّا، أمَّا إن كان رقيقًا فيجب علىٰ سيده أن يفديه.

وإذا قام شخص بفدائه، ولم يمكن تخليصه بأقلَّ مما فداه به، فإن له أن يرجع عليه بما فداه به، إذا قصد بالفداء الرجوع عليه.

والنصوص في ظاهرها تؤسس هذا الحكم علىٰ قاعدة «قضاء الواجب عن الغير»، ولا غبار علىٰ هذا التأسيس إذا كان مَن فدىٰ مسلمًا قادرًا علىٰ افتداء نفسه.

أمَّا إن كان عاجزًا، أو ذِمِّيًا؛ فلا وجه للقول بأن الرجوع عليه بالفداء مؤسَّس علىٰ قاعدة «قضاء الواجب»؛ لأنَّ الفداء لم يجب عليه، ولو صحَّ هذا لوجب أن يرجع علىٰ من يجب عليه فداءُ العاجز والذِّمِّي، وذلك بيت المال.

والظاهر أنَّ المبرِّر الحقيقي للحكم هو المنفعة التي تعود علىٰ الأسير بالفداء، ولكن لمَّا لم تكن المنفعة قاعدةً عامة في المذهب الحنبلي، وكانت القاعدة العامة «أداء الواجب عن الغير» لجأ الفقهاء إلىٰ هذه القاعدة الأخيرة لتأسيس الحكم؛ توسعًا وتسامحًا.

٢٣٤- هذا، وعند الاختلاف بين الفادي والمفدىٰ في أصل الفداء أو في قدره إن لم تكن بينة؛ فالقول للمفدىٰ بيمينه تطبيقًا للقاعدة العامة في الدعوىٰ أن «القول قول الغارم»، وأن «الأصل براءة الذمة».

٢٣٥ نصوص:

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص١١١:

ولمشترٍ أسيرًا من كافر رجوع علىٰ الأسير بثمنه **بنية رجوع عليه**؛ لما روىٰ سعيد عن عمر: «.. أيما حرٍّ اشتراه التجار، **فإنه** يرد إليهم رءوس أموالهم؛ **فإن** الحر لا يباع ولا يشترىٰ»، ولأن الأسير **يلزمه فداء نفسه** ليتخلص من حكم الكفار، فإذا ناب عنه غيره فيه وجب عليه قضاؤه **كقضاء دينه عنه.** فإن اختلفا في **قدر الثمن، فقول أسير؛ لأنه غارم،** منكر للزائد. **والأصل براءته منه.**

الإنصاف، ج٤ ص١٦١:

لا يملك [الحربيون] حرًّا مسلمًا ولا ذميًّا بالاستيلاء عليه، ويلزم فداؤه لحفظه من الأذىٰ، **ونصه في الذمي إذا استعين به..** ومن اشتراه منهم بنيَّة الرجوع، فله ذلك **علىٰ الصحيح** من المذهب، وقيل: لا يرجع. وقال في المحرر: فله عليه ثمنه دينًا ما لم ينوِ به التبرع. فإن اختلفا في قدر ثمنه؛ فوجهان قلت: الظاهر أن القول قول المشتري، والصحيح من المذهب: **أن القول قول الأسير؛** لأنه غارم قطع به في المغني والشرح ونصراه، واختيار الآجري لا يرجع إلَّا أن يكون **عادة** الأسرىٰ وأهل الثغر، فيشتريهم **ليخلصهم** ويأخذ ما وزن لا زيادة، فإنه يرجع[١].

(١) العدة ص٥٩٤، التنقيح ص١١٦، غاية المنتهىٰ ج١ ص٤٦١.

٦ - استنقاذ مال الغير

٢٣٦- قاعدة عامة:

إنقاذ مال الغير من الهلاك، من بين التصرفات النافعة التي يرىٰ المذهب الحنبلي أنَّ للشخص الولاية عليه، ويكون حكمه في ذلك حكم المأذون له بالقول، هذه قاعدة عامة في المذهب، ولها نتائجها؛ فالشخص يملك في ذلك الإتلاف إذا كان فيه مصلحة المال، ويعفىٰ عن المسئولية ويملك الحيازة، وتكون يده فيها يد أمانة، ويملك التصرف في المال، وإن نتج عن تصرُّفِه التزامٌ يترتب علىٰ صاحبه، ونفصل بعد هذا الإجمال.

٢٣٧- الإعفاء من المسئولية:

إذا رأىٰ الشخص بيتَ غيرِه يحترق، فله هدمُ بعضِه إذا كان في ذلك إنقاذ باقيه. أو رأىٰ السيل يمر بدار جاره، فله أن ينقب جداره ليستخرج متاعه، أو رأىٰ دابَّةَ غيرِه تُشرف علىٰ الهلاك، كان له أن ينحرها لينتفع بها مذبوحةً. وبالجملة؛ يملك الشخص أن يفعل في مال غيره كلَّ ما كان إنقاذًا له من هلاك أشرف عليه، وإن نتج عن ذلك إتلاف بعضه، وإن كان هذا الشخص غير مولىٰ عليه من صاحبه، ولا يضمن ما تلف بفعله؛ لأن له الولاية عليه بالإذن الشرعي، وإن لم يكن له عليه الولاية بالإذن القولي.

٢٣٨- يد الأمانة:

وكل من أدرك مال غيره، وقد خيف عليه الفوات والهلاك، فله أن يحوزه ويحفظه، وتكون يده عليه يد أمانة، فيلزمه أن يبذل في حفظه العناية المعتادة، وإن أتلف بغير تعدٍّ منه ولا تفريط، لم يضمنه.

فهذا الأمين بالشرع يشبه الأمين بالعقد -كالمودع- وإنما يفترقان في أن الأول، أو -بعبارتهم- من حصلت في يده أمانة شرعية، يجب عليه أن يعلم ربها بها متىٰ قدر علىٰ ذلك.

وقد اختلف في حكم ردِّها علىٰ ربها، وهل تعتبر في ذلك كالأمانة بالعقد، فلا يجب علىٰ الأمين فعل الرد، وإنما يجب عليه تمكين ربها منه، أم يلزمه فعل الرد؟ رأيان في المذهب الحنبلي، والصحيح من المذهب الأول؛ أي أن الأمين الشرعي كالأمين بالعقد، يجب عليه التمكين من القبض فقط.

والخلاف له أهمية عملية، فلو تلفت الأمانة وقد أمكنه الرد إن قيل بوجوب ردِّها لربها، فإنها تتلف مضمونة عليها، وبالعكس لو قيل بالرأي الثاني. ومن جهة أخرىٰ، إن قيل بوجوب فعل الرد، فمؤنته -في القياس- تجب عليه، فإذا احتاج إلىٰ حمل مثلًا لزمه القيام به، ويلزم ذلك ربها إن قيل بالرأي الثاني. علىٰ أنَّا نرىٰ بعض من يقولون بالرأي الأول يرون أن مؤنة الرد علىٰ المالك في كل حال، وهذا ما حمل بعض الفقهاء علىٰ تفسير الخلاف بأنه خلاف لفظي.

وما دُمْنا قد قلنا بأن يده عليها يد أمانة، وأنه لا يسأل عن غير التعدي والتفريط، فإذا أنكرهما وقد ادَّعيا عليه، فإنه يُقبل قولُه في نَفْيِهما.

والقياس يقتضي قَبول دعواه في ردِّها علىٰ المالك، لكن هذا أحدُ الرأيين في المذهب. وهناك رأي يقول بأنه لا تُقبل دعواه الردَّ بدون إثباته بالبينة.

٢٣٩- التصرف في المال، والرجوع بالأجر:

وإذا اقتضت ضرورة إنقاذ المال وحِفظه علىٰ ربِّه التصرفَ فيه بالبيع، أو الإيجار، أو الإيداع، جاز ذلك للغير، وإن لم يكن وكيلًا فيه.

كما يجوز له أن يستأجر لإنقاذه ويرجع علىٰ ربه بالأجرة، ويجوز أن ينقذه بنفسه ويقصد الرجوع علىٰ ربه بعوض الإنقاذ، فيكون له أن يرجع، وقد استثنوا هذا بصريح العبارة من القاعدة «أنَّ مَن عمل عملًا لغيره بغير جُعل، لم يستحق عوضًا عنه».

وظاهر النصوص اقتصار الرجوع علىٰ ما إذا قصد بالعمل حفظ المال وإنقاذه لربه، والظاهر أيضًا قَبول قولِه في ذلك.

ويُستثنىٰ من هذا الحكم الحيوانُ يتركه صاحبُه **اختيارًا**؛ لعجزه عنه، أو عن علفه، فمن استنقذه **ملكه**، ولكن لا يرجع علىٰ صاحبه بأجرة استنقاذه.

٢٤٠- نصوص:

أ- مختصر الفتاوىٰ، ص٣٥٠:

ومن كان في يده دوابُّ لغيره مِن راعٍ ونحوه، فحصل مرض وخاف موتَها، فله ذبحُها ولا شيءَ عليه، وقد فعل مثلَ هذا راعٍ في عهد رسول الله ﷺ ولم يُنكر عليه، ولا بيَّن أنه ضامن، وهو نظير خرق صاحب موسىٰ السفينة لينتفع بها أهلُها مرقوعةً ومثل ما لو رأىٰ رجل مالَ أخيه يتلف بمثل هذا، فأصلح منه بحسَب الإمكان، كان مأجورًا عليه، وإن نقصت قيمته فناقصٌ خيرٌ من تالف، فكيف إذا كان مؤتمنًا؟

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٧١:

وله ذبح مأكول خِيف موتُه ولا يضمن ما نقصه؛ **لأنَّ العمل في مال الغير متىٰ كان إنقاذًا له من التلف المشرف عليه، كان جائزًا بغير إذن مالكه**، ولا ضمان علىٰ المتصرِّف إن حصل به النقص.

غاية المنتهىٰ، ج٢ ص٢٨٦:

وله [للأجنبي] ذبحُ مأكولٍ خِيف موتُه وكذا بيع ما استنقذه، ويتجه: وكذا نحو وديعة ورهن، ولا يضمن ما نقض بذبح؛ لأنه متىٰ كان العمل في مال

الغير **إنقاذًا له من التلف، جاز،** فلو وقع حريقٌ بدارٍ فهدمها غيرُ ربِّها -بلا إذن- علىٰ النار خوفَ سريان، أو هدم قريبًا منها خوف تعدِّيها، **لم يضمن،** وكذا لو رأىٰ السيل يقصد المؤجرة فهدم الحائط ليخرج السيل.

ب - شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٢٨٩:

ولا يضمن من أخذ من محجور عليه لحظِّه مالًا، إن أخذه ليحفظه عن الضياع؛ كأَخْذِه **مغصوبًا من غاصبه،** أو غيره ولم يفرط؛ **لأنه محسن** بالإعانة علىٰ ردِّ الحق لمستحقِّيه، فإن فرَّط ضمن.

ابن رجب، ص٢٠٦:

الأيدي المستولية علىٰ مال الغير بغير إذنه ثلاثة [الثانية]: لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان فيدخل فيها صور، منها **من قبض المال لحفظه علىٰ المالك؛** فإنه لا يضمنه. وقد نصَّ أحمد فيمن أخذ آبقًا ليردَّه إلىٰ سيده فهرب منه، أنه لا ضمانَ عليه، لكن أخذ الآبق فيه إذن شرعي، وفي التلخيص وجهٌ آخَر بالضمان من المستنقذ من الغاصب، وهو ضعيف.

الإنصاف، ج٦ص٣٩٣:

لو تلف ما خلصه من هلكة، لم يضمنه مُنقِذُه، **علىٰ الصحيح من المذهب.**

ابن عقيل، ورقة ٣٤/ ظ وب:

والفرق بين الأمانة المطلقة وبين الوديعة، أنَّ الوديعة ما حصلت في يده بإذن المالك وإيداعه، والأمانة ما حصل من العين في يد الغير بغير إذنٍ ولا رضىٰ، ولا تعدي [كذا] في حصوله **وما يفترقان فيه:** أنه يجب عليه إعلامُ مالكِه به [الأمانة المطلقة] والاستعلام عنه إن لم يعلمه **ويجب عليه** ردُّها إلىٰ مالكها إذا عرفه، **ولا يجب عليه مؤنة الرد إذا كان لردِّها مؤنة؛** مثل أجرة حمل علىٰ ظهر أو سفينة.

ابن رجب، ص٥٣:

الأمانات الحاصلة في يده **بدون رضىٰ أصحابها**، فيجب المبادرة إلىٰ ردِّها مع العلم بمستحقِّيها، والتمكن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة ثم إن كثيرًا من الأصحاب قالوا -ههنا-: الواجب الرد، وصرَّح كثيرٌ منهم بأن الواجب أحدُ شيئين: إما الرد، أو الإعلام **وهو مراد غيرهم؛** لأن مؤنة الرد لا تجب عليه، وإنما الواجب التمكين من الأخذ.

ابن رجب، ص٦٣:

أن يدَّعي **من حُكمُه حكم الأُمَناء** في سقوط الضمان عنه بالتلف قبل التمكن من الرد؛ كوارث المودع ونحوه، والملتقط بعد ظهوره المالك، ومن أطارت الريح إلىٰ داره ثوبًا إذا ادَّعوا الرد إلىٰ المالك ففي التلخيص: لا يقبل؛ لأن المالك لم يأتمنه، ويتوجه قبول دعواه في حالة لا يضمن فيها بالتلف؛ لأنه مؤتمن شرعًا في هذه الحالة.

ج - مختصر الفتاوىٰ، ص٤١٦:

ومن استنقذ فرسًا من أيدي العرب [قطاع الطرق من البدو] ثم **مرض الفرس ولم يقدر علىٰ المشي،** جاز له بيعه، بل يجب في هذه الحالة أن **يبيعه لذمة صاحبه وإن لم يكن وكيله.** نص عليه الأئمة، ويحفظ الثمن.

وفي نفس الموضع:

وإذا وقع المركب في البحر وغرق، وفيه زيت فطفا الزيت علىٰ وجه الماء، فمن جمعه فقد **خلص المال المعصوم من التلف، وله أجرة المثل** في أصح قولي العلماء، والزيت لصاحبه بلا نزاع إلَّا عند الحسن [البصري] فإنه قال: هو لمن خلَّصه، وقد قال الصحابة -فيمن اشترىٰ أموال المسلمين من الكفار-: إنه يأخذها ممن اشتراها بالثمن، ولو كان **حيوانًا** فخلَّصه من مهلكة ملكه **كما ورد في الأثر؛** لأن للحيوان حُرمةً في نفسه، بخلاف المتاع، فإن حُرمَتَه لحرمة صاحبِه، فهناك تخليصه لحق الحيوان الذي قد يئس منه صاحبه بخلاف المتاع.

الكشاف، ج٤ ص١٧٥:

ومَن عمل لغيره عملًا بغير جُعل، فلا شيءَ له ... إلَّا في تخليص متاع غيره من بحر، أو فم سبع، أو فلاة، ولو كان المخلص **عبدًا** فله -أي العامل- **أجرة مثله** وإن لم يأذن له ربه؛ **لأنه يخشىٰ هلاكه** وتلفه علىٰ مالكه، بخلاف اللقطة، وكذا لو انكسرت السفينة فخلص قوم الأموال من البحر، فتجب لهم الأجرة علىٰ الملاك؛ لأنّ فيه حثًّا وترغيبًا في إنقاذ الأموال من الهلكة، فإنَّ الغواص إذا علم أنَّ له الأجرة غرَّر بنفسه وبادر إلىٰ التخليص، بخلاف ما إذا علم أنه لا شيءَ له.

المغني، ج٦ ص٣٧٢:

وله أخذُ العبدِ والمتاع لتخليصه لصاحبه، وله أجر مثله في تخليص المتاع. نص [أحمد] عليه، وكذلك في العبد علىٰ **قياسه** ... ويفارق هذا الملتقط؛ فإن الملتقط لم **يخلِّص اللقطة من الهلاك**، ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها من مكانها فيجدها، وههنا إن لم يخرجه هذا ضاع وهلك ففي جَعْلِ الأجر فيه حفظٌ للأموال، **من غير مضرَّةٍ**، فجاز ذلك كالجعل في الآبق، ولأن اللقطة جعل فيها الشارع ما يحث علىٰ أَخْذِها، وهو ملكها إن لم يجئ صاحبُها، فاكتُفي به عن الأجر، فينبغي أن يشرع في هذا ما يحث علىٰ تخليصه بطريق الأولىٰ، وليس إلا الأجر.

ابن رجب، ص١٣٥-١٣٦:

من يستحق العوض عن عمل بغير شرط نوعان الثاني: أن يعمل عملًا فيه **استنقاذ لمال معصوم من الهلكة**. فيدخل تحته صور

نص أحمد علىٰ وجوب الأجرة له [المخلص] في المتاع وحكىٰ القاضي فيه احتمالًا بعدم الوجوب كاللقطة والصحيح الأول؛ لأن هذا شيء يُخشىٰ هلاكه وتلفه علىٰ مالكه، بخلاف اللقطة، وفي مسودة شرح الهداية لأبي البركات: وعندي، أنَّ كلام أحمد علىٰ ظاهره في وجوب الأجرة علىٰ تخليص المتاع من المهالك دون **الآدمي**؛ لأن الآدمي أهل في الجملة لحفظ

نفسه- [اهـ] وفيه نظر، وقد يكون صغيرًا أو عاجزًا، وتخليصه أهم وأولىٰ من المتاع، وليس في كلام أحمد تفرقة[1].

(١) في «أ» ابن تيمية ج٤ ص٣٥، ابن رجب، ص١٣٧، الإنصاف ج٦ ص٣٩٣.
و«ب» ابن رجب، ص٥٥، الفروع ج٢ ص٦٦٣، ابن اللحام، ص١٠٤، الروض، ص٢٨٨.
و«ج» المغني ج٦ ص٣٧١، الفروع ج٢ ص٧٧٠ و٨٤٩، الإنصاف ج٦ ص٣٩١، التنقيح، ص١٨٢، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢.

٧ - التقاط المال الضائع

٢٤١- طبيعة الالتقاط:

يصرح الفقهاء في المذهب الحنبلي بأنه يدخل في طبيعة الالتقاط عنصران: عنصر الاكتساب، وعنصر الأمانة، والصحيح في المذهب تغليب عنصر الأمانة في ترتيب الأحكام؛ لأن المقصود في العادة أخذ المال الضائع لإيصاله لأربابه.

ورعايةً لعنصر الاكتساب؛ يملك الالتقاط: الصغير، والعبد، والسفيه، وغير المسلم.

ورعايةً لعنصر الأمانة؛ لا يملك التقاط ما لا تدعو الحاجة لحفظه لأربابه إلىٰ التقاطه، فلا يملك التقاط ما لا يخشىٰ عليه الضيعة كحيوان يمتنع من صغار السباع، ولا ما يحفظ بنفسه؛ كأحجار الطواحين، والأخشاب الكبيرة.

وأثر هذين العنصرين ليس قاصرًا علىٰ ابتداء مباشرة الالتقاط، بل إنهما ينشطان لتلوين أحكام الالتقاط بعد التلبس به.

فمن آثار عنصر الأمانة في ذلك، أن يد الملتقط علىٰ اللقطة تكون يد أمانة، ويلتزم بالالتزامات الواجبة علىٰ الأمين.

ومن آثار عنصر الاكتساب، أن اللقطة تدخل في ملك الملتقط بعد الحول جبرًا عليه.

٢٤٢- يد الملتقط يد أمانة:

الملتقط وإن كان في حيازته اللقطة، غير مأذون له بالقول، فهو مأذون له بالشرع ولكن ذلك مشروط بأن يلتقط ما يجوز التقاطه بقصد حفظه لربه؛ أو -بعبارة أخرىٰ- بأن يدفع إلىٰ هذا التصرف منفعة المتصرف له.

ولما كانت في يده أمانة بالشرع، فإنه يكون لها حكم الأمانة بالعقد (الوديعة مثلًا)، فإن هلكت أو انتقصت في يده بغير تعدٍّ منه ولا تفريط، لم يضمنها، ولكنه يضمن بالتعدي أو التفريط مثل ألَّا يُنفق عليها، أو لا يدفع عنها الفساد حين يستطيع دفعه، ومثل أن يصفها، فيدعيها غير ربها بسبب وصفه، فيأخذها.

ولإنمائها المتصل والمنفصل حكمها في هذا، فهو مملوك لربها، أمانة في يده.

ويُقبل قوله بيمينه في أصل الالتقاط، وأنه إنما التقطها لحفظها علىٰ ربها، ولتكون في يده أمانةً، ثم في إنكاره التعدي والتفريط فيها إذا هلكت أو انتقصت. وهذا ما لم تقم البينة بالعكس. ولا يقبل دعواه الرد إلىٰ مالكها إلَّا بالبينة، بخلاف الأمانة بالعقد.

٢٤٢م- واجبات الملتقط:

واجبات الملتقط كحقوقه، تنشأ من هذا التصرف الذي كان له الولاية عليه بإذن الشرع، فيلتزم:

١- بتعريفها حولًا كاملًا، علىٰ الفور من التقاطها، تعريفًا يهتدي به ربها إليها في العادة.

٢- استمرار وضع يده عليه وحفظها، فلو ردَّها إلىٰ موضعها ضمنها، ولكن يجوز له أن يدفعها للسلطة العامة التي وظيفتها حفظ الأموال الضائعة.

٣- بذل العناية المعتادة في حفظها ودفع الفساد عنها، ويملك في ذلك كل فعل فيه الحظ لربها، ولا يجوز له أن يعدل عنه إلىٰ ما لا حظ فيه.

٤- تمكين ربها من قبضها عند العلم به، ولكن لا يلزمه فعل الرد، ونتيجة هذا أن مؤنة الرد إذا احتاج إلىٰ مؤنة تكون علىٰ المالك.

٢٤٣- حقوق الملتقط:

وعلىٰ ضوء ما سبق يكون للملتقط:

١- أن يتصرف في اللقطة بما فيه الحظ لربها؛ سواءٌ كان تصرفًا فِعليًا أم تصرفًا قوليًا، ويتخير بين ثلاثة أمور:

(١) بيعها وحفظ ثمنها، (٢) والإنفاق عليها ومعالجتها إذا كانت مما يبقىٰ بالإنفاق والمعالجة؛ كعنب، أو تمر يجفف ويدخر، وله أن يبيع في ذلك بعضها لدفع مصروفات المعالجة والإصلاح، (٣) وأكلُها علىٰ أن يضمن قيمتها لربها عند حضوره.

ولكن هذه التصرفات مشروطة؛ أولًا: بأن تدعو إليها الحاجة، وثانيًا: باختيار الأحظ فيها.

٢- يملك الرجوع علىٰ ربها بما أنفقه في إصلاحها، فيرجع عليه بنفقة حيوان مثلًا، وما دفعه لمعالجة ما يخشىٰ عليه الفساد؛ كتجفيف العنب.

ولكن يُشترط لرجوعه أن يقصد الرجوع علىٰ ربها.

ولا يرجع بقيمة ما بذله من جهد في الالتقاط، والظاهر وفي الإصلاح والحفظ، وقد صرَّحت النصوص بالعلة في ذلك، وسرّ التفرقة بينه وبين استنفاذ المال من الهلاك الذي يجب فيه عوض العمل، والعلة أن الملتقط له حظ في الالتقاط، فهو بسبيل تملكه للقطة، لو فات الحول ولم يحضر ربها.

ولما كان القصد من جهته، فالظاهر هنا أنه لا يُشترط التصريح به ولا الإشهاد عليه، فيُقبل قولُه بدون بيِّنة.

أمَّا في دعوىٰ أصل المصروفات، أو قدرها؛ فظاهر النصوص أنه يلزمه إقامة البينة علىٰ ذلك، وهذا يتمشىٰ مع القواعد العامة في الدعوىٰ في المذهب، فالمدعىٰ عليه غارم. والأصل براءة ذمته.

٢٤٤- تملك الملتقط للقطة:

الالتقاط -كما قدمنا- اكتساب، فإذا مضىٰ الحول ولم يعرف ربها، فإنها تدخل في ملك الملتقط جبرًا عليه، ويكون له حينئذٍ أن يتصرف فيها كما يتصرف في ملكه بالبيع والإجارة والرهن والهبة، وقد استندوا في ذلك إلىٰ الحديث النبوي.

ولكن يبقىٰ لربها -مع ذلك- حق تملكها إذا حضر علىٰ الملتقط بملك جديد، وإن كانت قد فاتت ببيع أو هلاك، وجب له العوض عنها وجوبًا مجددًا، فهي قبل ذلك ملك للملتقط يمضي فيها تصرفه، ولا يكون لربها أن ينقضه، ويملك زيادتها المنفصلة التي حدثت قبل تملُّكِها من جهة ربها.

٢٤٥- نصوص:

أ- الإنصاف، ج٦ ص٤٣٠:

الالتقاط يشتمل علىٰ **أمانة واكتساب** ... وللناس خلاف في المغلب منهما منهم من قال: الأمانة، وهو **الصحيح**؛ لأن المقصود إيصال الشيء إلىٰ أهله.

شرح المنتهىٰ ج٢ ص٤٨٠:

ولا فرق بين ملتقطٍ غني وفقير، و مسلم وكافر، و عدل وفاسق يأمن نفسه عليها -وإن وجد اللقطة صغير أو سفيه أو مجنون، صحَّ التقاطُه؛ لأنه نوع تكسب وقام وليُّه بتعريفها؛ تأديةً **للواجب عليه**، فإن تلفت اللقطة بيد أحدهم، وكان **فرط في** حفظها، ضمن كإتلافه إيَّاها.

المحرر، ج١ ص٣٧١:

كل **حيوان ممتنع عن صغار السباع**، فلا يجوز التقاطه إذا أمن الملتقط نفسه عليه [وما يلتقط] وقوي علىٰ تعريفه، وإلَّا كان **كالغاصب**.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٧٣:

ولا يجوز التقاط أحجار الطواحين وقدور ضخمة وأخشاب كبيرة ونحوها، **مما ينحفظ بنفسه**؛ لأنها لا تكاد تضيع عن صاحبها.

ب - ابن رجب، ص٢٥:

القابض لمال غيره إن قبضه بغير إذنه، فإن استند إلىٰ **إذن شرعي** كاللقطة، لم يضمن.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٧٥:

[اللقطة] **أمانة في يده، فتعين عليه فعل الأحظ** ... إن وصفها فأخذها غير ربها، ضمنها ملتقط كوديع دلَّ لصًا علىٰ وديعة.

وفي ص٤٧٩ - ٤٨٠:

ولو قال مالكها -بعد تلفها بيد ملتقط بحول التعريف-: أخذتها لتذهب بها لا لتعرفها، فعليك ضمانها لتعدِّيك، وقال الملتقط: إنما أخذتها لأعرفها، **فالقول قول الملتقط بيمينه؛** لأنه منكر، والأصل براءته.

وفي ص٤٧٩:

ومؤنة رد اللقطة لمالكها إن احتيج إليها **علىٰ ربها؛ لأنها** أمانة بيد الملتقط كالوديعة.

الروض: ص٢٨٨:

ولا يُقبل قول مودع: إنه رد الوديعة إلىٰ وارث ربها ...؛ لأنه لم يأتمنه عليها، فلا يقبل منه دفعها إليه إلَّا ببينة ...، ولا يقبل من وارثه -أي المودع- أنه دفعها ولو لمالكها إلَّا ببينة ...، ادعاء ملتقط أو من أطارت الريح إلىٰ داره ثوبًا، ونحوه.

الإنصاف، ج٦ ص٤٣٠:

ومنها [أحكام اللقطة] ضمانها بموته كالوديعة.

ج - الإنصاف، ج٦ ص٤١١:

ويعرف الجميع يعني **وجوبًا** بالنداء عليه في مجامع الناس حولًا كاملًا علىٰ **العادة** بالنداء، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، قلت: وهو الصواب، ويكون ذلك علىٰ الفور.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٧٤:

ومن أخذ [اللقطة] ثم ردَّها إلىٰ موضعها، أو فرَّط فيها فتلفت، ضمنها؛ لأنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها كسائر الأمانات وتركها، والتفريط فيها تضييع لها، إلَّا إن دفعها للإمام أو نائبه؛ لأن له **نظرًا في المال الذي لا يعرف مالكه.**

وفي ص١٧٥:

ويلزمه -أي الملتقط- حفظ الجميع؛ لأنه صار أمانةً بيده بالتقاطه.

ابن حجر، ص٥٣:

الأمانات الحاصلة في يده بدون رضىٰ أصحابها صرح كثير [من الحنابلة] بأن الواجب أحد شيئين: إمَّا الرد، أو الإعلام وهو **مراد غيرهم**؛ لأنه مؤنة الرد لا تجب عليه، وإنما **الواجب التمكين من الأخذ.**

د- المغني، ج٦ ص٣٦٧:

وإذا التقط ما لا يبقىٰ عامًا، فذلك نوعان؛ أحدهما: ما لا يبقىٰ بعلاج ولا غيره؛ كالطبيخ، والبطيخ فهو مخيَّر بين **أكله وبيعه** وحفظ ثمنه ولا يجوز إبقاؤه؛ لأنه يتلف، فإن تركه حتىٰ تلف فهو من ضمانه؛ لأنه فرَّط في حفظه

الثاني: ما يمكن بقاؤه بالعلاج فينظر فيه الحظ لصاحبه، فإن كان في التجفيف جفَّفه ولم يكن إلَّا ذلك؛ لأنه مال غيره، فلزم ما فيه الحظ لصاحبه **كولي اليتيم**، وإن **احتاج** في التجفيف إلىٰ غرامة **باع بعضه في ذلك، وإن كان الحظ في بيعه باعه** وحفظ ثمنه كالطعام والرطب، فإن تعذر بيعه، ولم يمكن تجفيفه، تعيَّن أكلُه وإن كان أكله أنفعَ لصاحبه فله أكلُه أيضًا؛ لأن الحظ فيه.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٧٤-٤٧٥:

يلزم [ملتقط الحيوان] فعل الأصلح من ثلاثة أمور: أكله بقيمته في الحال؛ لحديث: «هي لك، أو لأخيك، أو للذئب» . . .، ولأن فيه اغتناء عن الإنفاق، وحراسة لماليته علىٰ ربه أو بيعه وحفظ ثمنه **ولو بلا إذن**

إمام . . . أو حفظه وينفق ملتقطًا عليه من ماله ليحفظه لمالكه، **فإن تركه بلا إنفاق عليه فتلف، ضمنه؛ لتفريطه.**

الإنصاف، ج٦ ص٤٠٧:

كل موضع وجب عليه نفقة الحيوان، **فحُكمُه** كحكم الحاكم إن رأىٰ من المصلحة بيعَها، وحِفظَ ثمنها، أو بيع البعض في مؤنة ما بقي، أو أن **يستقرض علىٰ المالك**، أو يؤجر في المؤنة، فعل.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٧٦:

وأجرة منادٍ علىٰ ملتقطٍ نصًّا؛ لأنه سبب في العمل، والتعريف واجب علىٰ الملتقط، فأجرته عليه.

الإنصاف، ج٦ ص٤١٢:

قال أبو الخطاب: ما لا يملك بالتعريف، وما يقصد حفظه **لمالكه** يرجع بالأجرة عليه، قلت: وهو الصواب.

الفروع، ج٢ ص٨٥١:

ويرجع [الملتقط] بنحو نفقة بينة علىٰ الأصح قال أبو بكر هذا مع ترك التعدِّي، فإن تعدَّىٰ لم يحتسب له.

تصحيح الفروع، ج٢ ص٦٠٠:

الأكثرين اعتبروا استئذان القاضي في [الإنفاق] علىٰ المودع واللقطة، وفي المغني إشارة إلىٰ التسوية بين الكل في عدم الاعتبار و. . . اعتبروا الإشهاد علىٰ نية الرجوع. وفي المغني وغيره وجه آخر؛ أنه لا يعتبر، وهو **الصحيح**.

شرح المنتهي، ج٢ ص٤٧٥:

وله -أي الملتقط- الرجوع علىٰ ربه إن وجده بما أنفق عليه بنيته، أي الرجوع؛ لأنه أنفق عليه لحفظه، فكان من مال صاحبه كمؤنة تجفيف عنب ورطب.

هـ- وفي ص٤٧٦-٤٧٧:

ومن عرَّفها -أي اللقطة- حولًا فلم تعرف فيه دخلت في ملكه؛ لقوله ﷺ: «**فإن لم تعرف فاستنفقها**»، وفي لفظ: «**وإلَّا فهي كسبيل مالك**» . . . **حكمًا** كالميراث نصًّا[1]، فلا يقف علىٰ اختياره؛ للحديث، ولأن الالتقاط والتعريف سبب للملك، فإذا تمَّا وجب ثبوته حكمًا.

وفي ص٤٧٨-٤٧٩:

ومتىٰ وصفها -أي اللقطة- طالبُها، لزم دفعُها له بنمائها المتصل مطلقًا والمنفصل في حول التعريف؛ لأنه تابع لها ونماء اللقطة المنفصل **بعد حول تعريفها** لواجدها؛ لأنه نماء ملكه إن تلفت اللقطة أو نقصت قبله -أي الحول- بيد ملتقط ولم يفرط، لم يضمنها؛ لأنها أمانة في يده كالوديعة، وإن تلفت أو نقصت بعده يضمنها ملتقط فرط أو لا؛ لدخولها في ملكه فتلفها من ماله، وملك الملتقط لها مراعىٰ يزول بمجيء صاحبها، ويضمن له بدلها إن تعذَّر ردُّها وإنما **يتجدد** وجوب العوض بمجيء صاحبها، كما **يتجدَّد** زوال الملك عنها بمجيئه وتعتبر قيمة اللقطة إن زادت أو نقصت ثم تلفت يوم عرفها ربها؛ لأنه وقت وجوب رد العين إليه لو كانت موجودة.

---

(١) يقصد نصًّا من إمام المذهب.

٨ - رد الآبـق

٢٤٦- الآبق مثل كل مال علىٰ خطر الضياع، يجوز أن يؤخذ ليحفظ علىٰ ربه، فإذا أخذه شخص كان في يده أمانة، لا يضمنه إن هلك أو هرب من غير تفريط منه ولا تعدٍّ، وينفق عليه بالمعروف، فإذا قصد الرجوع علىٰ ربه بما ينفقه، ملك ذلك، وتترتب بقصده في ذمة ربِّ الآبق ككل واجب يقضيه الشخص عن غيره، فيأخذها المنفق من مال السيد أو تركته، ويأخذ النفقة؛ سواءٌ وصل بالعبد إلىٰ المالك أم مات دون وصوله.

٢٤٧- ولكن الآبق يختلف عن غيره من الأموال الضائعة؛ فمن ردَّ شاردًا، أو التقط لقطة لم يستحق الأجر علىٰ عمله الذي بذله في هذا الشأن؛ سواءٌ كان مثله شأنه أن يأخذ الأجر أم لم يكن شأنه ذلك، وسواء قصد ذلك بالعمل أم لم يقصده، وقد أشرنا إلىٰ ذلك فيما سبق(١).

أمَّا الآبق فيجب علىٰ رده الأجر؛ وذلك أنه قد وردت فيه نصوص وآثار تفرض الأجر وتحدِّده، وقد أشرنا فيما سبق إلىٰ احتمال تأثر الفقه في المذاهب المختلفة بهذه النصوص.

وهنا عدل الفقه الحنبلي عن قياسه، وقال بوجوب العوض علىٰ السيد لمن يرد عبده الآبق؛ عملًا بهذه النصوص، ووقف مرة أخرىٰ عند مورد النصوص؛

(١) التطبيق «الثاني» في هذا الفرع.

ذلك أنَّ النصوص تحدِّد الأجر بدينار أو اثني عشر درهمًا فأخذ بهذا المذهب الحنبلي، وأوجب في رد الآبق هذا القدر من العوض.

أوجب المذهب الحنبلي هذا القدر؛ سواءٌ كان الرادُّ شأنه أخذ العوض أم لا، وسواء كانت قيمة الآبق تساوي هذا المقدار أم لا، وسواء رد من خارج المصر أم من داخله، وسواء كانت أجرة مثل الرد أكثر من العوض المحدَّد أم أقل، وسواء كان الراد قريبًا للمالك (زوجًا أو ولدًا) أو أجنبيًّا عنه؛ ففي كل ذلك يجب هذا القدر، ولا يجب أكثر منه، وكل ما يشترطه المذهب الحنبلي أن لا يقصد الراد التبرع برده، وأن يصل بالآبق إلىٰ ربه.

وقد برَّر الفقه الحنبلي خروج هذا الاستثناء عن القياس بعد النص؛ بأن في فرض الأجر علىٰ الرد التحريض علىٰ رد الآبق خوفًا من لحاقهم بدار الحرب، واستعانة الحربيين بهم.

هذا، وللراد حق حبس الآبق في قدر العوض، فإن تلف بعد حبسه تحمَّل تبعة هلاكه في قدر ما وجب له.

٢٤٨- نصوص:

أ- المغني، ج٦ ص٣٥٧:

ويجوز أخذ الآبق لمن وجده   ولا نعلم فيه خلافًا؛ وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب   واشتغاله بالفساد   فإذا أخذه **فهو أمانة في يده**، إن تلف بغير تفريط فلا ضمان عليه.

مسائل الإمام أحمد (عبد الله) القسم الثالث، ص٢٧١:

سمعت أبي يقول: إذا أخذ الآبق فأنفق عليه ثم أبق، قال: يرجع علىٰ سيده بالنفقة ولا شيء عليه.

الكشاف، ج٤ ص١٧٦:

ويأخذ راد الآبق   من سيده أو تركته ما أنفق عليه، وما أنفق علىٰ دابة يجوز التقاطها في قوت وعلف، **ولو لم يستأذن المنفق المالك علىٰ الإنفاق مع**

القدرة. على الاستئذان؛ لأن الإنفاق مأذون فيه شرعًا لحرمة النفس، وحثًّا على صون ذلك لربه حتى لو هرب المنفق عليه من واجده في طريقه، أو مات، فله الرجوع عليه بما أنفق عليه قبل هربه أو موته؛ لأن النفقة عليه مأذون فيها شرعًا أشبه ما لو أنفق بإذن المالك. قال -في الفروع-: ويرجع بنفقة ولو لم يستحق جُعلًا، كردِّه من غير بلد سماه، أو هربة منه. نص عليه. (اهـ)، وإنما يرجع بما أنفق ما لم **ينو التبرع،** فلا نفقة له.

ب- مسألة الإمام أحمد (عبد الله)، القسم الثالث، ص٢٧١:

سألت أبي عن جعل الآبق إذا وجد خارجًا عن المصر، قال: اذهب إلى قول النبي ﷺ وقول عمر وعلي: «دينار أو اثني عشر درهمًا، إذا أخذ خارجًا من المصر سمعت أبي يقول: آخذ بحديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار عن النبي ﷺ: **«في العبد الآبق إذا جيء به خارجًا من الحرم دينار»**، قال: وآخذ بحديث ابن مسعود، **«في الآبق أربعين درهمًا»**، أذهب إليه.

الكشاف، ج٤ ص١٣٥:

ومن عمل لغيره عملًا بغير جُعل، فلا شيء له إلَّا في ردِّ آبق من قن ومدبر وأم ولد، إن كان الراد غير الأم، فله ما قدر الشرع: دينار، أو اثنا عشر درهمًا والمعنى فيه الحث على منفعة سيده، وصيانة العبد عمَّا يخاف؛ من لحاقه بدار الحرب، والسعي في الأرض بالفساد، وسواء ردَّه من داخل المصر أو خارجه، قربت المسافة أو بعدت، وسواء كان الراد زوجًا للرقيق، أو ذا رحم في عيال المالك أو لا؛ لعموم ما سبق.

المغني، ج٦ ص٢٥٧

إذا ثبت هذا، فلا فرق بين كون مَن رده معروفًا برد الإباق أو لم يكن، وبهذا قال أصحاب الرأي، وقال مالك: إن كان معروفًا بذلك استحقَّ الجعل، وإلَّا فلا.

وفي ص٣٥٦:

ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجعل على قيمة العبد أو لا يزيد لنا **عموم الدليل،** ولأنه جُعل يُستحق في ردِّ الآبق، فاستحقه، وإن زاد على قيمته.

التنقيح، ص١٨٢ :

وإن مات السيد قبل وصول المدبر وأم الولد، عتقا، ولا شيء له.

الكشاف، ج٤ ص١٧٦ :

لو نوىٰ بالعمل التبرع . . . لا أجرة له لا جُعل له إذا هرب قبل تسليمه أو مات . . . ؛ لأنه لم يتم العمل.

٩ - الوصاية الاضطرارية

٢٤٩- إذا مات شخص في مكان لا وصيَّ له فيه، ولا يمكن رفعُ أمرِه إلىٰ الحاكم ليتولَّىٰ تركته، فإن للشخص الأجنبي أن يقوم بذلك؛ يتولىٰ التركة، ويتصرَّف فيها كما لو كان وصيًّا للميت.

وفي المذهب علىٰ الشخص أن يتصرَّف بما فيه الحظ للتركة، وللميت فيتولىٰ أولًا تجهيزه منها، ثم يسعىٰ في حفظها، فيبيع منها ما كان الحظ في بيعه، ويؤاجر علىٰ نقل ما رأىٰ الحظ في نقله مثل ما يخشىٰ عليه الفساد ببقائه ويستمر في ذلك حتىٰ يصل بالتركة إلىٰ مأمنها.

وقد أسَّسوا هذا الحكم علىٰ رعاية المصلحة، وحفظ مال الإنسان عليه، وإن لم يمكن التجهيز من التركة؛ فلهذا الشخص أن يقوم بتجهيزه من عنده ثم يرجع علىٰ تركته إن وُجدت، أو علىٰ من تلزمه نفقته؛ تطبيقًا للقاعدة العامة في قضاء الواجب عن الغير.

وفي هذا التطبيق، نرىٰ التصرف عن الغير يجوز، وإن صدر من غير ولي ولا وكيل؛ سواءٌ كان تصرفًا فعليًّا أو تصرفًا قوليًّا، وسواءٌ كان التصرف القولي بيعًا أو إيجارًا، وقد جوَّزوا في ذلك بيع العقار والمنقول، والأعواض والإماء.

٢٥٠- نصوص:

مسائل الإمام أحمد (عبد الله) القسم الثالث، ص٣٣٧:

سمعت أبي سُئل عن رجلٍ مات بأرض فلاة غريب ولم يوص، أو كان في

مصر لم يوص، وليس له وارث، وليس بحضرتهم قاضٍ، قال: فلا أرىٰ بأسًا من أن **يجتمع** صلحاء الجيران **فيبيعوا منزله إذا لم يكن في ذلك محاباة واستوفوا به الثمن**، إلَّا أنه يُعجبني أن يتوقوا بيع الفروج، إلَّا أن يكون وصيٌّ أو قاضٍ.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٥٧٧:

ومن مات ببرية ونحوها؛ كجزائرَ لا عمران بها ولا حاكم حضر موته ولا وصي، فلمسلم حضر أخذ تركته وبيع **ما يراه** منها كسريع الفساد . . .؛ لأنه **موضع ضرورة لحفظ مال المسلم** عليه؛ إذ في تركه إتلافٌ له. نص عليه في المنافع والحيوان . . .، وله تجهيزه منها إن وجدت، وإلَّا فإنَّ حاضره يجهزه من عنده ويرجع عليها حيث وُجدت، أو علىٰ مَن تلزمه نفقتُه -غير الزوج- إن لم تكن له تركة، إن **نواه** أي الرجوع؛ **لأنه قام عنه بواجب.**

الفروع، ج٢ ص٩٦٢:

ويكفنه منها [تركته]، ثم من عنده، ويرجع عليها أو علىٰ من تلزمه نفقته إن نواه، ولا حاكم، **فإن تعذَّر إذنه أو أباه رجع،** وقيل: فيه وجهان، كإمكانه، ولم يستأذن أو لم ينوِ مع إذنه.

تصحيح الفروع، ج٢ ص٩٦٣:

إذا أمكنه استئذان حاكم ولم يستأذنه، فهل يرجع بما تكلف عليه من كفن وغيره إذا نوىٰ الرجوع أم لا؟ أطلق الخلاف أحدهما: يرجع إذا نوىٰ الرجوع. قلت: وهو الصواب، **وقواعد** المذهب تقتضيه، **بل هو أولىٰ ممَّن أدَّىٰ حقًّا واجبًا** علىٰ غيره. والوجه الثاني: لا يرجع . . .، إذا استأذن الحاكم ولم ينوِ الرجوع فهل له الرجوع بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف. أحدهما: يرجع ويكفي إذن الحاكم، وهو الصواب. والوجه الثاني: لا يرجع، وهو قوي شبيه بما إذا أدىٰ حقًّا واجبًا عن غيره **ولم ينو الرجوع ولا التبرع،** وإنما ذهل عن ذلك، والصحيح من المذهب **عدم الرجوع،** لكن إذن الحاكم هنا يقوي الرجوع.

١٠ - تصرف ملتزم الحفظ

٢٥١- لا يملك المودع إخراج الوديعة من حِرزها، ولا إخراجها من يده ولو إلىٰ يد أوثق منه. فإن فعل ذلك ضمن؛ لأنه جاوز حدود ولايته عليها المكتسبة بالعقد.

ولكن هذه المجاوزة تُغتفر في بعض الظروف، فإذا دعت ضرورة حفظها إلىٰ أن يخرجها من الحرز كما لو غشاه شيء يخاف عليها منه الهلاك، فله أن يخرجها، سواءٌ أذن في ذلك ربها أو لم يأذن، بل لو نهاه ربها عنه في العقد أو بعده فإنه يملكه؛ لأنه تعين طريقًا لحفظ المال.

ومثل هذا إذا أراد سفرًا وحضره الموت، ولم يتمكن من ردِّها إلىٰ ربها أو مَن يقوم مقامَه من وكيل أو حاكم، فإن له أن يودعها ثقة، وإن لم يسلط علىٰ إيداعها بالعقد.

ومثل هذا لو هجم عليه قطَّاع الطرق فألقاها في موضع يرجو إخفاءها بالإلقاء فيه، فإن هلكت بسبب إلقاء فلا ضمان عليه.

وقد علَّل بعض الفقهاء من متأخري الحنابلة هذه الأحكام، بأنَّ كل هذه التصرفات مما يعتاده الناس في الحفظ، وكأنه يراها تصرفات تملك بالعقد. ولكن الواقع أنها تصرفات موجبها منفعة رب المال، ورعاية مصلحته، بدليل أنها تجوز ولو خالفت صريح العقد؛ مثل أن ينهاه ربها عن إخراج الوديعة من الحرز، ولو خشي عليها فيه الهلاك، فإنه يملك إخراجها مع ذلك إذا تعين إخراجها طريقًا لحفظها.

وفي هذا التطبيق يملك الشخص التصرف عن غيره وإن لم يؤذن له في التصرف، بسبب أنَّ منفعته تقتضيه.

ويملك المودع -ولو لم يؤمر من ربِّ الوديعة- بالإنفاق عليها إذا كانت حيوانًا، علىٰ أن يرجع بما ينفقه علىٰ ربها، وهذا تطبيق للقاعدة العامة في المذهب في قضاء الواجب عن الغير.

وقد اشترط بعض الفقهاء الحنابلة في هذا، أن لا يمكن استئذان ربها ولا مَن يقوم مقامَه.

٢٥٢- نصوص:

الإنصاف، ج٦ ص٣١٩-٣٢٠:

وإن قال [المودع]: لا تخرجها **وإن خفت عليها**، فأخرجها عند الخوف، أو تركها، لم يضمن، **وهو المذهب**، وعليه جماهير الأصحاب.

وفي ص٣٣٧:

جواز السفر بها [الوديعة] مشروط بما إذا لم يَنهَه [ربها] عن حملها معه، فإن نهاه امتنع وضمن إن خالف، اللهم إلَّا أن يكون السفر بها تعذَّر؛ كجلاء أهل البلد، وهجوم عدو، أو حرق، أو غرق، فلا ضمان.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٣٦٩-٣٧٠[١]:

[إذا أراد المودع عنده سفرًا] وتعذَّر رفعُها إلىٰ الحاكم، أودعها ثقة، هذا الصحيح من المذهب قال القاضي وابن عقيل: ظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه لا يجوز الدفع إلىٰ غير الحاكم بعذرٍ أو غير عذر.

ثم أولًا ذلك علىٰ الدفع لغير حاجة، أو مع القدرة علىٰ الحاكم . . .، إذا تعذَّر دفعُها إلىٰ الحاكم فهو بالخيرة بين دفعها إلىٰ ثقة وبين دفنها وإعلام ثقة يسكن تلك الدار بها.

---

(١) هذا النص في الإنصاف ٦/٣٢٩، ولم نقف عليه في شرح المنتهىٰ. (الناشر).

شرح المنتهىٰ: ج٢ ص٤٥٢:

ألقاها وديع عند هجوم ناهب ونحوه إخفاء لها، فلا يضمن؛ **لأنه عادة الناس في حفظ أموالهم** ... دفعها لعذر؛ كمن حضره الموت أو أراد السفر وليس أحفظ لها إلىٰ أجنبي ثقة، أو حاكم فتلفت، لم يضمن؛ **لأنه لم يتعدَّ ولم يفرط.**

الإنصاف، ج٦ ص٣٢٠ - ٣٢١:

إن كان إنفاقه عليها بإذن ربها فلا كلام، وإن تعذَّر إذنه فأنفق بإذن حاكم رجع به، وإن كان بغير إذنه فإن كان مع تعذره وأشهد علىٰ الإنفاق، فله الرجوع.

قال الحارثي: **رواية واحدة** حكاه الأصحاب. وإن كان مع إمكان إذن الحاكم ولم يستأذنه بل نوىٰ الرجوع فقط، لم يرجع **علىٰ الصحيح من المذهب** ... وقيل: يرجع، قلت: **وهو الصواب.**

الفروع، ج٢ ص٧٨٧:

وله ما أنفق عليه [الحيوان المودع] بنيَّة الرجوع. قاله القاضي، ويتوجه كنظائره.

١١ - الخسائر البحرية المشتركة

٢٥٣- إذا هال البحر، وخيف الغرق، ورُجي نجاة السفينة بطرح بعض حمولتها، فألقىٰ بعض الركاب بضاعته، فبالرغم من أنه بفعله وخسارته قد أنقذ مال غيره، ولقاعدةٍ في المذهب الحنبلي، أنَّ من أنقذ مال غيره من خطر الهلاك، استحقَّ الرجوع عليه بعوض الإنقاذ، بالرغم من هذا؛ فقد خرج بهذه المسألة عن القاعدة، فمَن ألقىٰ بضاعته، ونجت بسبب إلقائها السفينة والبضائع الأخرىٰ، لم يرجع علىٰ مالك السفينة ولا علىٰ أصحاب البضائع الأخرىٰ؛ سواءٌ كان قصد الرجوع أم لم يقصده. وقد أسَّسوا هذا الحكم علىٰ قاعدة الأصل، قاعدة «اقتصار آثار التصرف، وأنَّ أحدًا لا يلزم بشيء لم يلتزمه».

وكما أنه إذا ألقىٰ بضاعته، لا يرجع بسبب فعله النافع، فإذا ألقىٰ بضاعة غيره فإنه يضمنها بسبب فعله الضار، والضرورة تقتصر علىٰ رفع المنع الديني من التصرف الضار في مال الغير.

والظاهر أنَّ العلة الحقيقية لهذه الأحكام، أن الملقي قد انتفع بهذا الفعل. فلا يرجع بعمل انتفع به، ولكنه يتحمل الضمان، ويبدو أنه وجد اتجاه في المذهب الحنبلي بإدخال هذه المسألة تحت قاعدة «إنقاذ مال الغير»، فيستحق الملقي التعويض علىٰ أصحاب الأموال الناجية بسبب فعله وخسارته.

وابن تيمية يرىٰ هذا الحكم حتىٰ في غير الخسارة البحرية من كل ما يشبهها.

٢٥٤- نصوص:

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٢٥٠:

ويجب إلقاء متاع إن خيف تلف معصوم بسببه، فإن ألقىٰ بعضُهم متاعَه في البحر لتخفَّ، لم يرجع به علىٰ أحد، وكذا لو قيل له: أَلْقِ متاعَك، فألقاه؛ لأنه لم يكرهه علىٰ إلقائه، **ولا ضمنه له**، وإن ألقىٰ متاع غيره ليخففها ضمنه.

المغني، ج٥ ص١٠٨:

إذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع فخيف غرقها، فألقىٰ بعض مَن فيها متاعَه لتخفَّ، لم يرجع به علىٰ أحد؛ سواءٌ ألقاه **محتسبًا بالرجوع** أو متبرعًا، لأنه أتلف مال نفسه باختياره من **غير ضمان.**

الإنصاف، ج٥ ص٢٢٠:

لو خيف من غرق السفينة فألقىٰ من فيها متاعه في البحر؛ لتخفَّ، لم يرجع به علىٰ أحدٌ، سواءٌ **نوىٰ الرجوع** أولًا، وهذا **المذهب**، وعليه الأصحاب، وقال في **الرعاية الكبرىٰ -من عنده-** ويحتمل أن يرجع إذا نوىٰ الرجوع، وما هو ببعيد. (انتهىٰ).

مختصر الفتاوىٰ، ص٣٥٣:

وإذا كانت غنم الخلطاء مع راعٍ، واحتاجت إلىٰ نفقة فباع بعضَها وأنفقه علىٰ الباقي، **اقتسموا** الباقي علىٰ قدر رءوس الأموال، أو غرم الراعي قيمة ما باع.

١٢ - حوز الهبة عن الغير

٢٥٥- لا تلزم الهبة، ولا تتم في المذهب الحنبلي - إلَّا بأن يقبضها الموهوب له إن كان رشيدًا، أو وليُّه إن كان صغيرًا أو مجنونًا.

فإذا لم يتمكن الموهوب له من القبض؛ لغيبته، أو لعدم تكليفه ولا وليَّ له، فبالرغم من أن قبض الهبة عنه بعد قبولها تصرف نافع محض لا ضرر فيه، فإنه لا يصح إذا صدر من غير ولي ولا وكيل؛ تطبيقًا لقاعدة الأصل «أن أحدًا لا يجوز تصرفه عن غيره بدون ولاية ولا وكالة».

ولكن بالنسبة لغير المكلَّف، وُجد رأي في المذهب الحنبلي يقول بجواز أن يقبض له الغير، إذا عدم وليه (الأب، أو وصيه، أو الحاكم، أو أمينه).

٢٥٦- نصوص:

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٥٢٠-٥٢١:

ويقبل ويقبض لصغير ومجنون وسفيه وهب لهم شيء ولي، وهو أبٌ، أو وصيُّه، أو الحاكم، أو أمينه **فإن عدم** الولي فمن يليه لدعاء الحاجة إليه؛ لئلا تضيع وتهلك.

الإنصاف، ج٧ ص١٢٥:

لا يصح قبض الطفل والمجنون لنفسه، ولا قبوله، ووليُّه يقوم مقامَه فيهما، فإن لم يكن له أبٌ فوصيُّه فإن لم يكن فالحاكم الأمين أو من يقيموه مقامهم. ولا يقوم غير هؤلاء الثلاثة مقامَهم. وقال المصنف -في المغني- ويحتمل أن يصح القبول والقبض من غيرهم **عند عدلهم**.

١٣ - الإعتاق عن الغير

٢٥٧- الإعتاق عن الغير تصرف نافع محض، ولكن المذهب الحنبلي لم يسلم به إذا وقع بغير إذن المعتق عنه؛ تطبيقًا لقاعدة «اقتصار آثار التصرف علىٰ المتصرف»؛ ذلك أن العتق موجبه الولاء، والولاء حق والأصل أن لا يدخل حقٌّ في مِلك أحدٍ إلَّا برضاه.

غير أن المذهب سلم بذلك في صورة تظهر فيها الحاجة إليه، وذلك فيما إذا كان المعتق عنه ميتًا، وكان العتق عن واجب عليه -ككفَّارة- فإنه يجوز العتق عنه بلا وصيَّةٍ منه، وتمضي له آثار العتق، فتسقط به الكفارة مثلًا، ويثبت الولاء.

وقد فسر الفقه هذه المسألة علىٰ نحو ما تقدَّم في المذهب المالكي؛ أعني أنه يقدر أن المعتق وهب له الرقيق، فملكه، ثم أعتق عنه فوقع عنه العتق.

٢٥٨- الخرقي، ص١٢٧:

ومن أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره، أو عن ميت، فولاؤه للمعتق، وإن أعتقه عن أمره فالولاء لمن أعتق عنه.

الإنصاف، ج٧ ص٣٧٩-٣٨١:

ومن أعتق عبده عن ميت أو حي بلا أمره، فولاؤه للمعتق. هذا المذهب، **إلَّا ما استثني**، وعليه جماهير الأصحاب ويستثنىٰ من ذلك: لو أعتق **وارث عن ميت في واجب**؛ ككفارة ظهار ورمضان، -وقيل: **وله تركة- فإنه يقع عن الميت**، والولاء له أيضًا علىٰ **الصحيح** من المذهب.

وقال في الرعايتين والحاوي الصغير والفائق: ومن أعتق عبده عن **ميت في واجب** وقع عن الميت، وقيل: لا   وقد روي عن الإمام أحمد ﷬ نصوص تدل علىٰ أن العتق **للمعتق عنه**، وأن الولاء **للمعتق**

وقال -في الروضة-: فإن أعتق عبده عن **كفَّارة** غيره أجزأه، وولاؤه **للمعتق**، ولا يرجع علىٰ المعتق عنه في الصحيح من المذهب . . .، وقال في التبصرة: لو أعتقه عن غيره بلا إذنه فالعتق للمعتق كالولاء.

المحرر، ج١ ص٤١٧:

ومن أعتق عبده عن غيره بغير إذنه وقع العتق، والولاء للمعتق، إلَّا أن يعتق عن **ميت في واجب** عليه فيقعان للميت.

بدائع الفوائد، ج٣ ص٢٥٤:

لو أعتق عبده عن غيره، فإنَّا نقدر الملك المعدوم للعتق عنه بمنزلة الموجود الثابت له ليقع العتق عنه[1]

---

(١) ابن رجب، ص٣٨٧، الفروع ج٢ ص١٠٠٤، تصحيح الفروع ج٢ ص١٠٠٥، شرح المنتهىٰ ج٢ ص٦٤٢.

١٤ -الدعوى عن الغير

٢٥٩- لا يجيز المذهب الحنبلي الدعوىٰ عن الغير بدون وكالة منه أو ولاية عليه؛ سواءٌ كان هذا الغير حاضرًا أم غائبا، قادرًا أم عاجزًا، بالغًا أم صغيرًا، ولا يصح الحكم لغير المدعي إلَّا تبعًا للحكم للمدعي؛ مثل أن يدعي ميراثًا له ولأخيه الغائب أو غير الرشيد، فإذا ثبت الحق للمدعي ثبت لأخيه تبعًا.

وكما لا تجوز الدعوىٰ، لا يجوز إثبات البينة علىٰ حق للغير، وسواء في ذلك ما يُخشىٰ فواتُه بهلاك الشهود أو سفرهم، وما يؤمن فيه ذلك.

غير أنَّ هذه القاعدة دخلها الاستثناء بالنسبة لإثبات البينة وإقامتها علىٰ حق **لجهة غير معيَّنة**؛ كوقفٍ لفقراء، أو وصية علىٰ مسجد، ولكن الاستثناء وقف عند هذا الحد، فلم يجز الإثبات لحق الآدمي المعين.

٢٦٠- نصوص:

شرح المنتهىٰ، ج٣ ص٣٩٨:

والحكم للغائب لا يصح؛ لعدم تقدم الدعوىٰ منه ومن وكيله، إلَّا أن يكون الحكم للغائب تبعًا لمدَّعٍ حاضر بنفسه أو وكيله؛ كمن ادَّعىٰ موت أبيه عنه، وعن أخ له **غائب أو غير رشيد** . . . أخذ المدعي نصيبه، وأخذ الحاكم نصيب الآخر.

وفي ص٤٨١-٤٨٢:

وتُسمع بينة **بلا دعوىٰ** بحق غير معين؛ كوقف علىٰ فقراء، أو مسجد،

ووصية علىٰ فقراء أو مسجد، علىٰ خصم في جهة ذلك، ولا تُسمع بينة بحق آدمي قبل دعواه بحقِّه وتحريرها[1]

(١) المغني ج١٢ ص٢٠٤ و٤٩٨، ٤٩٩، التنقيح ص٣٠١ و٣٠٦، غاية المنتهىٰ ج٣ ص٤٤٧-٤٦٠.

الفرع الثاني

الفكرة العامة

١ - تطور فكرة المنفعة

٢٦١- كراهية الإمام أحمد لتدوين آرائه، ونهيه[1] أصحابه عن ذلك، كان السبب في أن تضطرب الرواية عنه في الأحكام، فكان من القليل أن تجد مسألة المنقول عنه فيها رأيٌ واحد فقط.

وهذا يجعل من الصعب علىٰ الباحث الوصول إلىٰ فكرة محدَّدةٍ عن الاتجاه الفقهي العام لإمام المذهب.

وبالنسبة لموضوعنا، نجد في التطبيقات نصوصًا عن الإمام تسلم بالمنفعة مبررًا للتصرف عن الغير، ونصوصًا أخرىٰ تتردَّد في التسليم بذلك، وتختلف الرواية عنه في هذا التطبيق أو ذاك. ولكن الملاحظ بصفة عامَّة أن ما يُروىٰ عنه حلولٌ وقتية، تتأثر إلىٰ حدٍّ كبير بظروف كل فتوىٰ.

أمَّا المذهب نفسه في كتب فقهائه الأوَّلين؛ فلا يأخذ المنفعة مبررًا للتصرف عن الغير كقاعدةٍ عامَّة، ولكنَّه قطع شوطًا طويلًا في الوصول إلىٰ هذه القاعدة.

لقد سلم أولًا بولاية الشخص في أداء الواجب عن غيره، علىٰ أن يرجع عليه بما يؤدِّيه عنه، وكان لغلبة الطابع الديني في هذا المذهب فضلٌ كبير في تثبيت هذه القاعدة. ولكن هذه القاعدة لم تتحدَّد عند الفقهاء الأوَّلين، فساعد هذا علىٰ التوسع في تطبيقها ولكن بقدر ما كان سببًا في الاضطراب في هذا التطبيق.

---

(١) مختصر طبقات الحنابلة، ص١٧.

لم يقتصر الفقهاء علىٰ تطبيقها في شأن قضاء الدين من النقود، أو الأشياء المثليَّة؛ بل امتدَّت عندهم القاعدةُ فشملت كلَّ واجبٍ قابلٍ للنيابة في أدائه، يستوي في ذلك الدين المعيَّن القَدْرِ، والنفقة والعمل.

فإذا قام شخص عن الغير بالإنفاق علىٰ أقاربه، أو رقيقه، أو حيوانه، كان له ذلك، واستحقَّ الرجوع عليه بالعوض، وإذا وجب علىٰ الشريك الاستجابةُ لدعوة شريكه لإصلاح الملك المشترك، فإذا لم يفعل لغيبته أو امتناعه، فللشريك أن يقوم عنه بما وجب عليه محتسبًا للرجوع، فيكون له أن يرجع، وإذا أنفق المرتهن علىٰ الراهن مما يجب علىٰ الراهن، كان له ذلك ورجع علىٰ الراهن بما خسره. كل هذه المسألة طبق عليها قاعدة «قضاء الواجب عن الغير»، وقد رأينا المذاهب الأخرىٰ تطبق عليها أحيانًا قاعدة الضرورة، وأحيانًا قاعدة المنفعة.

وسلم ثانيًا بولاية الشخص علىٰ إنقاذ مالِ غيرِه الذي يكون علىٰ خطر الهلاك، واعتبر هذا قاعدة عامة.

وسلم بها ثالثًا في تطبيقاتٍ معيَّنة، من بينها ما وردت به النصوص من السنة والآثار؛ كتطبيقات: اللقطة، واللقيط، والآبق.

ثم وقف عن ذلك فلم يقرِّر بصفة عامة -كما رأينا المذهب المالكي يفعل- أنَّ كلَّ عملٍ لا بد للإنسان منه لغيره أن يقوم به عنه، ولو لم يأذن له فيه كما لو كان مأذونًا له. ولكنَّه وُجد اتجاه في المذهب يرمي إلىٰ الأخذ بهذه الفكرة، وظهر واضحًا عن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الفقهاء الحنابلة المجتهدين.

ولكن هذا الاتجاه لم تُكتَب له السيادة، وبالرغم من أن آراء هذين الإمامين ظهر أثرها في مؤلفات من جاء بعدهم من الفقهاء، حيث دخلت في المؤلَّفات الفقهية بعض اختياراتهم، إلَّا أنَّ الفقهاء بصفة عامة، ثبتوا علىٰ خطوة ما قبل ابن تيمية وابن القيم بالنسبة لفكرة المنفعة.

٢ - متى تبرر المنفعة التصرف

أ- في الرأي السائد

٢٦٢- تبرر منفعة الغير التصرف عنه من غير وليِّه أو وكيله إذا كان التصرف في صورة أداء ما وجب عليه، وقد تكرَّر أنَّ المذهب يأخذ بهذا الحكمِ كقاعدةٍ عامَّة، وإن كان ينقصها التحديد، وقد وسع هذا النقص في شقة الخلاف بين الفقهاء عند إدخال هذا التطبيق أو ذاك تحت هذه القاعدة، ويُستفاد من النصوص أنه يشترط في هذا الواجب أن يكون قابلًا للنيابة؛ بأن لا يفتقر إلىٰ نية، فلا يملك أحد أداء زكاة غيره مثلًا. وهذه الولاية التي يمنحها الغير في هذا الشأن، ولاية شرعية لا صلة لها بإرادة المتصرف عنها ورضاه، وقد جوَّزت النصوص أحيانًا أداء الواجب عن الغير في أحوالٍ يمتنع الغير من أداء الواجب فيها بنفسه.

٣٦٣- وتبرِّره ثانيًا إذا كان التصرف في صورة استنقاذ مال الغير مما يهلك به عادةً، ويشترط في ذلك أن يغلب علىٰ الظن هلاكُه أو فواته علىٰ صاحبه بترك التصرف، فإذا أحاطت النار بمال شخص أو وقع في البحر، أو التقمه سبع، أو أخذه قاطع طريق، فإن لغير المالك ولاية استنقاذه، ويستحق الرجوع بما بذل لهذا الغرض من جهدٍ، أو مال.

٢٦٤- وتبرره ثالثًا في حالة عجز المتصرف له عن التصرف؛ لنقص أهليته، وعدم وجود من يتصرف عنه بالولاية الشرعية، ولكن يشترط في هذا وجود صفة في المتصرف، تلك أن يكون كافلًا لمن يتصرف له، قد انتدب لحفظه ورعاية حاله، وذلك ضمان لتمحض المنفعة للمتصرف عنه، وضمان تحقُّق النظر له في التصرف، وذلك ما لا يتحقق في الأجنبي.

وظاهر النصوص أنه لا حدَّ علىٰ هذه التصرفات إلَّا ما يحد تصرفات الولي الشرعي. فتشمل ما دعت إليه ضرورة ناقص الأهلية، أو حاجته، أو منفعته من التصرفات القوليَّة والفِعليَّة.

والواقع أنَّ صفة المتصرف هنا، تقترب من صفة الولي الشرعي (الأب ونحوه)؛ فالتصرف وظيفة له، واكتسب الولاية عليه بصفة خاصة بشخصه، في حين أنَّ من يؤدي واجب الغير، أو ينقذ ماله، إنما له ولاية وقتية، تنشأ من الظروف التي قارنت التصرف.

٢٦٥- وتبرِّره أخيرًا في تطبيقاتٍ تميَّزت بأنَّ النصوص من السنة والآثار نظمتها، فتأثر المذهب في الغالب بهذه النصوص، وذلك في اللقيط واللقطة والآبق.

فللشخص ولايةُ التقاط صغيرٍ لا يُعرَف نسبُه، فيكون له الولاية في حضانته وكفالته، ومما يستتبعه من التصرف عنه بما تقضي به الضرورة.

وله التقاطُ المال الضائع الذي لا يُعرَف صاحبُه، فيعمل علىٰ ردِّه لربِّه بالتصرف، ويتولّاه بما يحفظه علىٰ ربه. ويتصرف بما يقتضيه حِفظُه.

وله ردُّ الآبقِ، وتكون يدُه عليه كَيَدِ الأمين.

ويرجع في هذه التطبيقات بما يخسره من مالٍ اقتضىٰ خسارته التصرف المأذون به. ولا يكون له أن يرجع بعوضٍ عن جهده فيما عدا ردِّ الآبق، فيرجع بالعوض الذي حدَّده النص.

٢٦٦- ثم بعد ذلك لا تبرر المنفعة التصرف عن الغير؛ فمن عمل لغيره عملًا، سواءٌ كان من حاجته أم من غير حاجة، وسواءٌ أكان يؤجر علىٰ مثله

أم كان لا يؤجر، وسواءٌ تحمَّل فيه خسارة جهد أو مال؛ فإنه لا يكون له الولاية عليه، فيتحمل مسئولية وضع يده عليه، ولا يكون له حق الرجوع بعوض عنه علىٰ المنتفع.

ب- عند ابن القيم

٢٦٧- ما تقدم هو الرأي السائد في المذهب، أو بعبارة أخرىٰ، هو المذهب الحنبلي بالمعنىٰ الفني للعبارة. وقد حاول بعض الفقهاء الامتداد بالفكرة إلىٰ مجالات أوسع مما سبق. وكان أجرأهم في ذلك الفقيهُ الحنبلي ابن القيم؛ فقد حاول أن ينقض القاعدة التي تقول: إن المنفعة وحدَها لا تبرر التصرف عن الغير، وأن يقيم علىٰ أنقاضها قاعدة جديدة.

٢٦٨- ويرىٰ ابن القيم أنَّ الشخص يكون له الولاية علىٰ كل تصرُّفٍ عن الغير تدعو إليه حاجة هذا الغير، وقد استند في ذلك إلىٰ الآية الكريمة: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍۚ﴾ [التوبة: ٧١]، مما يُشعِر بأنَّ هذه الولاية ولايةٌ شرعيَّة.

ولكن ابن القيم وقبله ابن تيمية لم تقع لهما -مع الأسف- الفرصة لتحديد هذه القاعدة، والإجابة عن الأسئلة الكثيرة التي يُثيرها المنطق الفقهي حولها، ويمكن أن نستنتج من تطبيقات هذه القاعدة عنده أنها تشمل كل تصرف تقضي به ضرورة المتصرف له، أو حاجته، ويعجز المتصرف له عن القيام به بنفسه، والمتصرف عن استئذانه فيه.

٣ - الأحـكـام

٢٦٩- لما لم توجد في هذا المذهب قاعدة للتصرف عن الغير الذي تبرره المنفعة كتلك التي رأيناها في المذهب المالكي، كان من الطبيعي أن تختلف الأحكام في التطبيقات المختلفة، وأن يختلف مدىٰ السلطة التي يملكها الشخص ليتصرف عن غيره، فتختلف سلطة من يقضي الواجب عن سلطة من ينقذ المال، أو يلتقط الضائع. ولكن هذا لم يمنع من وجود بعض الأحكام العامة التي تشترك فيها التطبيقات المختلفة.

٢٧٠- يد المتصرف يد أمانة:

حيث ولي الشخص علىٰ التصرف لغيره، تكون يدُه علىٰ المال يدَ أمانة، كما لو كان بيده أمانة بالعقد، وهذه الفكرة تحدِّد حقوقَه وواجباته، فيلزمه أن يبذل في الحفظ العناية المعتادة، كما يلزم المودع مثلًا، فيملك كل تصرف يدعو إليه الحفظ، ويتم بهذه العناية المعتادة. ولا مسئولية عليه في هلاك المال في يده ما دام لم يتعدَّ أو لم يفرط، فإن تعدَّىٰ أو فرَّط، ضمن.

ويلتزم بتمكين ربه من استرجاع المال ليتولىٰ التصرف فيه بنفسه، ولكن لا يلزمه فعل الرد، ولهذا نتائجه العملية التي قدَّمناها.

وما دام أمينًا فهو الذي يقبل قوله في أنه بذل العناية المطلوبة، وأنه لم يتعدَّ ولم يفرط، ولكن يحلف اليمين إن طولب بها.

٢٧١- تنصرف الآثار إلىٰ المتصرف عنه:

وحيث كان للشخص الولاية عن التصرف عن غيره؛ من بيع، أو شراء، أو إيجار، أو استئجار، أو عتق، أو غير ذلك؛ فإن هذه التصرفات ينصرف حكمُها إلىٰ ربِّ العمل (المتصرف عنه)، فتنتقل له ملكية العين أو المنفعة وتنتقلان عنه، ويثبت بالعتق الولاية، وتسقط به عنه الكفَّارة، وهكذا.

وأمَّا بالنسبة لحقوق العقد؛ فلا تصرح النصوص بشيء، وإذا أمكن القول بقياس هذه الولاية علىٰ ولاية الوكيل أو الولي الشرعي، فإن حقوق العقد أيضًا تتعلق بالمتصرف عنه، فيطالب بالثمن في الشراء وتسليم المبيع في البيع وهكذا، متىٰ كان التصرف أجري لحسابه، سواءٌ صرَّح بذلك في العقد أم لا، وسواءٌ عَلِمَ المتعاقد الآخر أم لم يعلم.

أمَّا إذا أجرىٰ المتصرِّف التصرفَ لحساب نفسِه؛ كما لو اشترىٰ شيئًا ليصرفه علىٰ الصغير، علىٰ أن يرجع بعوضه عليه، أو استأجر من يحفظ مالَ الغير وقصد الرجوع بالأجرة، فلا شكَّ أن حقوق العقد تتعلَّق به ولا يبقىٰ له إلَّا الرجوع علىٰ التصرُّفِ لأجله إن كان للرجوع محلٌّ.

٢٧٢- رجوع المتصرف علىٰ المنتفع:

قدمنا أن المتصرف ليس له أن يرجع بعوض علىٰ المنتفع بتصرفه في كل التصرفات النافعة. وحيث يستحق الرجوع يشترط أن يكون الباذل قد قصد الرجوع علىٰ المنتفع، والظاهر أنه لا يكتفىٰ بعدم قصد التبرع، وفي الغالب ما دام القصد عملًا نفسيًّا، فلا يجب التصريح به ولا الإشهاد عليه.

ويمكن الرجوع بما بذل المتصرف من مال أو جهد، وقدَّمنا أن المذهب الحنبلي يتشدَّد في الرجوع بعوض العمل أكثر من تشدُّدِه بالرجوع في عوض المال.

ولكنَّه حين يرىٰ الرجوع بعوض العمل، لا يشترط أن يكون عملًا داخلًا في مهنة المتصرف، أو -بعبارتهم- أن يكون شأنه أخذ الأجرة عليه، بخلاف ما تقدَّم في المذهب المالكي.

٤ - الدعوى والإثبات

٢٧٣- الأصل أنه لا يجوز التصرف عن الغير، ولا التصرف عليه، ولا وضع اليد علىٰ ماله بدون أن يكون المتصرف وليًّا عليه، أو وكيلًا له.

والمتصرف سوف يدَّعي السبب المجوز لذلك، فهو ينكر الأصل فيتحمَّل عِبْءَ إثبات ما يدَّعيه. أمَّا المتصرف عنه فهو متمسك بالأصل؛ فلا يتحمَّل عبء إثبات.

وإذا ثبت للمتصرف الولاية علىٰ التصرف بوجود السبب فيها، ففي دعواه الرجوع علىٰ المنتفع سيدَّعي بسبب الرجوع، وقدر ما يرجع به، فيطالب بإثباته بالبيِّنة؛ لأن المنتفع غارم، والأصل براءة ذِمَّتِه، وسوف يدعي أيضًا قصد الرجوع، ولما كان القصد لا يُعرف إلَّا من جهته، فيُقبَل قولُه فيه لكن بيمينه.

٥ - خاتمة

٢٧٤- استحباب المذهب الحنبلي للحاجات العملية التي توجب عدم الجمود علىٰ قاعدة اقتصاد آثار التصرف علىٰ المتصرف، فخرج عليها في عدَّة تطبيقات، وسجل قاعدة عامة بالنسبة لأداء الواجب عن الغير، وقاعدة أخرىٰ بالنسبة لإنقاذ مال الغير المشرف علىٰ الهلاك، وقطع بذلك شوطًا في الخروج علىٰ قاعدة الأصل إلىٰ قاعدة عامة توجب سريان التصرف عن الغير إليه، إذا دَعَتْ إليه منفعةٌ خاصة للمتصرف عنه، وهذا مصداق لقول ابن القيم: «وأمَّا المالكيَّة والحنابلة؛ فهم أعظم الناس قولًا بهذا الأصل»، ويعني به الولاية علىٰ التصرف النافع عن الغير.

ولكن المذهب الحنبلي توقف في الطريق، فلم يصل إلىٰ ما وصل إليه المذهب المالكي من تقدير قاعدةٍ عامة تشمل كلَّ تصرف تدفع إليه حاجة المتصرف عنه.

وبقيت الحاجات العملية تستجد، وتوجب الخروجَ عن قاعدة الأصل فيما وراء التطبيقات المحدودة التي سلم بها المذهب الحنبلي، فلا تستجيب لها النصوص، وكان هذا نقصًا لاحَظَه الفقهاء الحنابلة، وجاء ابن تيمية وابن القيم وسدَّا هذا النقص، وسجَّل الأخير قاعدةً عامة تقوم إلىٰ جانب قاعدة الأصل، وتُقرر ولاية الشخص للتصرف عن غيره بكلِّ تصرفٍ تقضي به حاجة الغير.

ولم تُتَح الفرصة لهذين الإمامين لدراسة هذه القاعدة دراسة شاملة تحدِّد خطوطها وتوضِّح معالمها، كما لم يتابع الفقهاء بعد ابن القيم هذه الدراسة، بل استمرَّت المؤلَّفات الفقهية في طريق ما قبل ابن تيمية وابن القيم، ولم تُضَف إليها إلَّا بعضُ اختيارات هذين الإمامين.

ولو استمرَّ المذهب الحنبلي في تطوُّرِه لَوصل إلىٰ قاعدةٍ عامَّة في فكرة المنفعة، تشبه تلك التي رأينا المذهب المالكي يأخذ بها.

ولا غرابة؛ فطبيعةُ المذهبين تتشابه إلىٰ حَدٍّ كبير.

الفصل الثالث

المذهب الحنفي

الفرع الأول

التطبيقات

١ - أداء الواجب عن الغير

٢٧٥- يملك الشخص أن يؤدي ما وجب عن غيره وإن لم يكن وليًّا ولا وكيلًا، باعتباره يتصرف في حق نفسه. والغير لا يتضرَّر بذلك؛ لأنه لا يستحق الرجوع عليه، بل ينتفع بانتفاع المطالبة عنه. ومثل الأداء، ضمانه عن الغير، وقَبول الاحتيال به وقد قيل في الأخير: إنه لا يصح إلَّا برضىٰ المدين، باعتبار أن الإيفاء حق المدين، وله وحدَه أن يعيِّن جهةَ الوفاء، كما قيل بأنه يتضرر به لتحمله المنة، (وذوو المروءات يأنفون أن يتحمَّل غيرُهم ما عليهم من الديون، فلا بد من رضاهم).

وعلىٰ كل حال، فإنَّ الشخص لا يملك أداء ما وجب علىٰ غيره إلَّا بقَبول مَن وجب له الحق، فإن لم يقبل لم يملك إجباره عليه.

٢٧٦- وإذا قيل بأنَّ الشخص يملك أن يؤدي الواجب عن غيره فأدَّاه قبل أن يأمره بأدائه أو ضمنه قبل أن يجيز ضمانه، فإنه يسقط الدين بالأداء، ويثبت في حقه الضمان، ولكن لا يكون له أن يرجع بما أدَّاه علىٰ المدين، حتىٰ لو أجاز هذا الأداء أو الضمان بعد وقوعهما.

ذلك أنَّ القول برجوعه علىٰ المدين إثبات لدين جديد في ذمة المؤدَّىٰ عنه بدون أن يلتزمه بإرادته ورضاه، وهم يفسرون رجوع المأمور بالأداء علىٰ الآمر، بأن الأخير يفرض استقراضه من الأول، فإذا أدَّىٰ عنه رجع عليه بالتزامه الإرادي.

هذا من جهة، ومن جهة أخرىٰ فالمأمور بقضاء الدين يقدر الدين ثابتًا في ذِمَّتِه بالأمر من المدين وقبوله منه، فإذا أدىٰ الدين ملكه بالأداء كما تقضي بذلك طبيعة الوفاء في المذهب الحنفي.

أمَّا غير المأمور بالأداء؛ فلا يصح في حقِّه شيءٌ من هذا، فلا يمكن افتراض استقراض المدين منه، ولا يملك المدين بالأداء؛ بل تسقط المطالبة عن المدين من دائنه.

ومن هنا لم يمكن رجوع مؤدِّي الدين غير المأمور بأدائه.

وقد بالغوا في تطبيق هذا الحكم فطردوه في المأمور بقضاء الدين ينفق المال الذي دفع إليه لقضاء الدين، ثم يقضي الدين في ماله الخاص، فقالوا بأنه يضمن المال الذي أنفقه للمدين؛ لأنه أتلفه عليه في غير ما سلَّطه عليه، ثم لا يرجع بما أدَّىٰ؛ لأنه أدَّىٰ شيئًا لم يؤمَر بأدائه.

وطردوه في كل أمرٍ بالأداء لا يُفترض فيه الاستقراض، فمَن أمر آخَرَ بالتعويض عن هبته، أو الإطعام عن كفَّارته، أو أداء ما وجب عليه من زكاة، فلا يستحق من فعل ذلك -بالرغم من أنه فعله بالأمر- أن يرجع علىٰ المؤدَّىٰ عنه، إلَّا أن يشترط صراحةً التزام المؤدَّىٰ عنه الرجوع عليه.

وقد أدَّىٰ بهم تطبيق هذا الحكم أحيانًا إلىٰ بعض النتائج الغريبة، وإذا ضمن شخصٌ عن غيره بدون أمر المضمون عنه، ثم حصل انقضاء الدين باتحاد ذِمَّة الضامن والمضمون له؛ بأن مات المضمون له وورثة الضامن، فإن الدين يسقط عن المدين، ولا يرجع عليه الضامن.

٢٧٧- والنصوص كثيرًا ما تعلِّل عدم حقِّ المؤدي بغير الأمر في الرجوع بأنه متبرع، ولا تقصد النصوص بذلك افتراض التبرع إلَّا إذا قيل بأنه فرضٌ لا يقبل العكس[١] بدليل أن المؤدي لو صرَّح بقصد الرجوع لم يكن له أن

(١) قارن: الناهي: محاضرات عن القانون المدني العراقي ص١٦٩-١٧٠ و١٧٢.

يرجع، ولكن في هذه الحالة الأخيرة قد يكون له أن يرجع علىٰ الدائن باعتبار فساد القضاء.

وإذًا؛ فالسبب المنطقي بعدم الرجوع هو ما قدَّمناه.

٢٧٨- والواقع أنه في بعض الظروف تستدعي الحاجة إلىٰ أن يؤدي الإنسان عن غيره ليرجع عليه بما أدَّاه، ومن صور المسألة الشائعة، تخارج الورثة في التركة الدائنة، فتدعو الحاجة العملية إلىٰ أن يؤدِّي بعضُ الورثة إلىٰ بعضهم الآخر دينًا لم يحلَّ علىٰ مدين مورثهم، علىٰ أن يكون لهم الدين، والمذهب الحنفي لا يجوز بيع الدين، فلم يكن أمام المذهب الحنفي لقضاء هذه الحاجة إلَّا اللجوء إلىٰ الحيلة، ويتم ذلك بأن يقرَّ الدائن لمن يؤدي له بأن الدين لهذا المؤدي، وأنَّ اسم الدائن فيه عارية، فيكون للمؤدي أن يطالب المدين باعتباره الدائن الأصلي، قالوا: فيكون للمقر له ولاية قبضه؛ لكون إقرار الآخر له إخبارًا لا تمليكًا.

٢٧٩- نصوص:

الهداية، ج٥ص٤٠٧-٤٠٨:

وتجوز الكفالة بأمر المكفولة عنه وبغير أمره . . .؛ لأنه التزام المطالبة، **وهو تصرف في حق نفسه** ... ولا ضرر فيه علىٰ المطلوب.

وفي ص٤٤٤:

وأمَّا المحيل؛ فالحوالة تصحُّ بدون رضاه. ذكره في الزيادات؛ لأن التزام الدين من المحتال عليه **تصرفٌ في حق نفسه**، وهو لا يتضرر به بل ينتفع.

البابرتي، ج٥ ص٤٤٤-٤٤٥:

وأمَّا رضا المحيل؛ فقد شرطه القدوري وعسىٰ يعلِّل بأنَّ ذوي المروءات قد يأنفون بتحمُّل غيرِهم ما عليهم من الدين؛ فلا بد من رضاهم.

وفي ص٤٤٦:

وبأداء الأجنبي المتبرع لا يجبَر الطالب علىٰ القبول.

ب- الفتح، ج٥ ص٤٠٨-٤٠٩:

وإن كفل بغير أمره لم يرجع . . .؛ لأنه متبرع ولا **يمكن إثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه.**

الأصل (ه)، باب إقرار الأجل للصبي والمجنون:

ولو قال المكفول له: قد رضيت قبل أن يقول المكفول عنه: قد رضيت، ثم يقول المكفول عنه بعد ذلك: قد رضيت؛ فإن الكفالة جائزةٌ ورضا المكفول عنه باطل، ولا يلزمه منه شيء؛ لأنه إنما رضي بعد ما لزم المال الكفيل.

البدائع، ج٦ ص١٢:

[للرجوع] شرائط، منها: أن تكون الكفالة بأمر المكفولة عنه؛ لأن معنىٰ الاستقراض لا يتحقق بدونه ومنها إضافة الضمان إليه بأن يقول: اضمن عنِّي . . .؛ لأنه إذا لم يضف إليه، فالكفالة لم تقع إقراضًا إيَّاه فلا يرجع عليه.

المبسوط، ج١٩ ص١٧٩:

عند الكفالة بالأمر، يجعل أصل المال كالثابت في ذِمَّة الكفيل عند الأداء، يتملكه بالأداء، وذلك يصحُّ عند وجود الرضا من الطالب والمطلوب، وإذا كانت الكفالة بغير أمره، لا يمكن إثبات أصل المال في ذِمَّتِه حتىٰ يتملكه بالأداء؛ لانعدام الرضا من المطلوب بذلك، فلهذا لا يرجع عليه.

مجمع الضمانات، ص٢٥٢:

الوكيل بقضاء الدين إذا صرف مال الموكل في حاجة نفسه، ثم قضىٰ دين الموكل يكون متبرعًا في قضاء دين الموكل.

الفتح، ج٥ ص٤٠٨:

[في الأمر بقضاء الزكاة أو الكفارة، لا يرجع ما لم يشترط الضمان

في قضاء الدين يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل؛ لأنه إنما تملكه بالمثل، وهو الدين السابق فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل، وليس ذلك إلَّا

القرض. وفي باب الزكاة والكفارة، يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، حتىٰ لو ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد من الفقير، فيثبت للآمر ملك مثل ذلك، فلا ضمان عليه إلَّا بالشرط والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا كان لفظ عني وفي قضاء الزكاة طلب انتهاب، ولو ذكر عني، لما ذكر أن الملك إنما يثبت للمكفول عنه علىٰ الوجه الذي ثبت للقابض.

الجوهرة النيرة، ج١ ص٣١٣:

لأنه متبرع بأدائه، وعلىٰ هذا قالوا فيمن كفل للرجل بألف بغير أمره **ومات الطالب والكفيل وارثه**-: برئ وإن كفل عنه بأمره، فالمال لازم للمكفول عنه علىٰ حاله؛ لأنه لما كفل بأمره لم يكن متبرعًا، ولهذا لو دفع المال عنه رجع عليه **ولو وهب له الطالب** المال يرجع بذلك عليه إذا كانت الكفالة بأمره، وإن كفل عنه بغير أمره فلا شيء عليه؛ لأنه متبرع.

ج - الحموي ج٢ ص٤١:

في القنية: لو أعطىٰ الوكيل بالبيع للآمر الثمن من ماله قضاء عن المشتري، علىٰ أن يكون الثمن له، كان القضاء علىٰ هذا فاسدًا، ويرجع البائع علىٰ الآمر [الدائن] بما أعطاه، وكان الثمن للمشتري علىٰ حاله.

د- الخصاف، ص٩٩:

قلت: فإن كان للميت ديون علىٰ أناس فأراد [الورثة] صلحهما [الزوجة] علىٰ أن تسلم جميع حقها من الدين ومن غيره؟ قال: إذا أدخلوا الدين في الصلح برئ الغرماء من مقدار حصتها [والحيلة في عدم براءتهم]؛ يصالحونها من حصتها من تركة الميت من المال خلا ما باسم زوجها من الديون **ثم تقر** في أسفل الكتاب أن جميع ما باسم زوجها فلان من الديون **لفلان وفلان**، وتسمي سائر الورثة، وفي **ملكهم دونها** . . .، وأن اسم زوجها فلان في ذلك عارية ومعونة.

وفي ص٢١:

أراد صاحب المال أن يحول دينه إلىٰ آخر ولم يرد المطلوب، قال يقر في الكتاب أن الذي باسمه علىٰ فلان وفلان هو لفلان هذا وفي ملكه، ويوكله بقبضه ويُقيمه فيه مقامه[1]

(١) في (ب) البدائع (الحوالة) ج٦ ص١٢، جامع الفصولين ج٢ ص١٣٥ و١٣٧، الأشباه ج١ ص١٥٩ و٢٥٦ و٢٥٧، وج٢ ص٤١، الحموي ج١ ص٣٣٥، مجمع الضمانات ص٢٥٤، ٢٤٦، الكاملية ص١٤١.

وفي (د) جنة الأحكام ورقة ٣٥/ب، الأشباه ج٢ ص٤١، الكاملية ص١٦٠، وانظر: الهداية وشروحها ج٧ ص٥٣-٥٥.

٢ - القيّم الفعلي

٢٨٠- أ- ملتقط اللقيط:

في المذهب الحنفي أيضًا، لملتقط اللقيط الولاية علىٰ حفظه وتربيته، وهو في نفس الوقت التزام واجب عليه، فلا يجوز له أن يتخلّىٰ عنه، إلَّا أن يقبله من ذلك من له أمر اللقطاء من قاضٍ ونحوه.

وهذه الولاية سببُها منفعة اللقيط، فتحدِّد مَداها في الغالب هذه المنفعة.

فلا يملك أن يتصرف عليه التصرف الذي يتردد بين النفع والضر، فلا يملك البيع عليه، ولا الشراء له، ولا تزويجه.

ويجوز أن يتصرف عنه التصرف النافع له نفعًا محضًا؛ كقبوله له الهبة والصدقة، والنحلىٰ، وقبضها له.

ويملك أن يتصرف بما تدعو إليه الضرورة من شراء ما لا بد له منه، ومن الإنفاق عليه من ماله.

وقد اختلف في إجارته؛ أعني إجارة الملتقط لعمل اللقيط. فقيل: أنه لا يملكه، ونص علىٰ هذا محمد، ثم أعطىٰ فيما بعد هذا الحق، بشرط أن تدعو إلىٰ إجارته حاجة اللقيط.

والملتقط ليس بولي -كما تصرح النصوص- ومع ذلك جازت منه هذه التصرفات عن اللقيط، وكان مبررها منفعة اللقيط ورعاية مصلحته، ومصدر

الحكم فيها -كما تصرح النصوص- الاستحسان، فهي خروج عن القاعدة أن أحدًا لا يجوز تصرفه عن غيره إلَّا بالولاية أو الوكالة».

٢٨١- نصوص:

المبسوط، ج١٠ ص٢١٢:

فإذا أقام [الملتقط] بينة أنه لقيط، قُبل منه ثم القاضي مخيَّر، إن شاء قبضه منه وإن شاء لم يقبض . . .، فيقول: قد التزمت حفظه فأنت وما التزمته، وليس لك أن تُلزِمَني ما التزمته:

الأصل (ب) ورقة ٤١٠/ب:

اللقيط يلتقطه الرجل لا يجوز وكالته . . .، وكذا لو باع له هو بنفسه أو اشترىٰ، لم يجز ولو وهب هبة فقبضها كان جائزًا، وكذلك الصدقة والنحلىٰ والعمري.

الجامع الصغير، ص١١٢:

رجل في يده لقيط، فإنه **يجوز قبض** الهبة والصدقة، ولا يجوز أن يؤاجره.

الهداية، ج٤ ص٤١٢ ٢/٤١٦:

قال [القدوري] ويجوز أن يقبض له الهبة؛ لأنه نفعٌ محض ويسلمه في صناعة؛ لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله، قال: ويؤاجره، قال العبد الضعيف: وهذه رواية القدوري في مختصره، وفي الجامع الصغير: لا يجوز له أن يؤاجره وهو الأصح، وجه الأول أنه يرجع إلىٰ تثقيفه، ووجه الثاني أنه لا يملك إتلاف منافعه.

البابرتي، ج٨ ص١٣٣:

قوله: «ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره»، هذا يناقض قوله: «وإجارة الصغار» ظاهرًا، فمنهم من حمله علىٰ الروايتين ومنهم من غير لفظ الكتاب إلىٰ

الأظآر ومنهم مَن وفَّق بينهما **فحمل جواز إجارته علىٰ ما إذا تحققت الضرورة** . . . وعدم جوازها إذا لم يكن فيه ضرورة.

الأستروشني، ج١ ص١٥٤:

التصرف علىٰ الصغار أنواع: نوع هو من باب الولاية ونوع **آخر ما كان من ضرورة حال الصغار**، هو شراء ما لا بد للصغير منه، وبيعه وإجارته الصغار، وذلك **ممن يعوله** وينفق عليه كالأخ والعم والملتقط إذا كان في **حجرهم** . . . ونوع ثالث **ما هو نفع محض كقبول** الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه **الملتقط**.

غاية البيان، باب المفقود:

عن **أبي حنيفة** في الرجل يكون في يده لقيط فيوهب له فيقبضها له، قال: هو جائز. قال الفقيه **أبو الليث**: وهذا **استحسان**، والقياس أنه لا يجوز؛ لأنه **لا ولاية له عليه**. وجه الاستحسان **أن في ذلك منفعة للصبي** . . . ولأن **ما فيه نفع** للمنبوذ من غير إيجاب حق عليه، لا يتوقف علىٰ وجود الولاية، كما في إطعامه، وغسل ثيابه.

٢٨٢- ب- كافل غير اللقيط:

من يكفل الصغير ويعوله ويكون في حضانته، له أيضًا الحق في أن يتصرف عليه ببعض التصرفات التي فيها منفعة له وتدعو إليها حاجته، وإن كان غيرَ وليٍّ عليه، ولا وكيلَ لوليٍّ عليه، وهذا -كما نرىٰ- خلاف الأصل، والقياس في المذهب الحنفي برره رعاية منفعة الصغير، وحِفظُ مصلحتِه.

فيجوز للكافل في نفسه كلُّ ما كان تثقيفًا له وتهذيبًا، فيجوز له -مثلًا- أن يسلمه في صناعة ليتدرَّب ويتمرَّن عليها.

ويجوز له إجارة منافعه متىٰ كان له حظٌّ في ذلك، واشتراط في رأي، أن يكون الكافل الذي يملك إجارة الصغير أُمًّا، أَمَّا لو كان قريبًا غيرَ الأم، أو أجنبيًّا، فلا يملك ذلك؛ لأنه لا يملك إتلاف منافعه.

وفي ماله، يجوز له ما دعت إليه الحاجة من بيع إذا كان فيه حفظ ماله وشراء ما لا بد منه، واستئجار الأظآر له.

ويجوز أخيرًا للكافل -ولو كان أجنبيًا- كلُّ تصرف نافع نفعًا محضًا للصغير؛ كقبول الهبة والوصية وقبضهما، واشترط في هذا أحيانًا كما اشترط في غيره، عدم وجود الولي الشرعي، إلَّا أنَّ بعض الفقهاء صرَّحوا بأن عدم الولي ليس شرطًا في ذلك.

وهذه تصرفات أيضًا جازت عن الغير وإن صدرت من غير ولي ولا وكيل، وكان مبررها منفعة الغير، أمَّا مصدرها التشريعي فهو الاستحسان.

٢٨٣- نصوص:

الأصل [ب] ورقة ٤١٠/ب:

وإذا كان في حجر الرجل ذو قرابة منه ذو رحم، محرم أو غير محرم، أو من الرضاع وهو يعوله، فلا يجوز بيع الرجل ولا شراؤه ولا خصومة في حقٍّ كان له أو كان قبله، ولو وهب له هبة أو تصدق بصدقة **وقبض** له ذلك الرجل، أجزت ذلك له **بالاستحسان** . . . **ولو أجره** لعمل كان ذلك باطلًا، ولا يجوز في القياس، غير أني **أستحسن** إذا كان **ذو رحم محرم منه** أن أُجيز ذلك عليه ما كان صغيرًا، ولو كان له عبد **فأجره** . . . **لم يجز ذلك**، وكذلك داره ودابَّتُه.

المبسوط، ج١٢ ص٦٢:

فإن كان رجل **أجنبي** يعول يتيمًا وليس لهذا **الصبي أحدٌ سواه**، جاز له أن يقبض ما يوهب له **استحسانًا**، وفي القياس: لا يجوز؛ لأنه **لا ولاية له** عليه ولكنَّه استحسن فقال فيما **يتمحض منفعة لليتيم** . . . من يعوله **خَلَفٌ** عن وليِّه، ألا ترىٰ أنه أحق بحفظه وتربيته، وأن يسلمه في تعليم الأعمال، فيكون في ذلك بمنزلة وليِّه وإنما أثبتنا هذه **الخلافة؛ توفيرًا للمنفعة** علىٰ الصغير.

الهداية، ج٨ ص١٣٣:

نوع آخر [من التصرفات علىٰ الصغار] ما كان من ضرورة حال الصغار،

وهو شراء ما لا بد للصغير منه، وبيعه وإجارة الأظآر، وذلك جائز **ممن يعوله** ... إذا كان **في** حجرهم...، ويجوز **للأم** أن تؤاجر ابنها إذا كان في حجرها، ولا يجوز للعم؛ لأن الأم **تملك** إتلاف منافعه باستخدامه.

الأستروشني، ج٢ ص١٧٩:

الأجنبي الذين يعول اليتيم وليس لليتيم أحدٌ سواه، جاز له قبض الهبة عليه **استحسانًا**.

قاضي زاده، ج٨ ص١٣٤:

وقد أطبقت كلمة سائر الشراح على أن عدم الأب ليس بلازم في حكمه [القبض للمكفول]، وإنما هو **قيد اتفاقي**، وعلل ذلك كلهم بما ذكر أن الصغيرة لو كان لها زوج يعولها ولها أب، فقبض زوجها الهبة لها، فإنه **يجوز؛ لكونه نفعًا محضًا** ... أقول: قول الكل ليس بصحيح -عندي- إذ [أن المرغيناني] قال: وفيما وُهب للصغيرة، يجوز قبضُ زوجها لها بعد الزفاف؛ لتفويض الأب أمورها إليه دلالة (اهـ) ويملك مع حضرة الأب بخلاف الأم، وكل من يعولها غيره؛ حيث لا يملكونه إلَّا بعد موت الأب أو غيبته غيبةً منقطعة في الصحيح؛ **لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضرة الأب لا ضرورة**[1].

---

(١) الجامع الصغير، ص١١٢، المبسوط، ج١٢ ص٦١، الأستروشني ج٢ ص١٧٩-١٨٢ و٢٨٨، لسان الحكام ص١٦٠، العقود الدرية ج١ ص٢٣٦.

٣ - النفقة على الصغار

٢٨٤- إذا غاب من وجبت عليه النفقة لصغاره، أو من يتولىٰ النفقة عليهم من ولي **شرعي أو نائبه، فأنفق عليهم** من لم يكن بولي ولا وكيل؛ فإنه لا يستحق الرجوع بنفقته علىٰ مَن وجبت عليه النفقة عليهم، ولا علىٰ الصغار في ذِمَّتِهم إذا كبروا، أو في مال يطرأ لهم، تطبيقًا للقاعدة العامة.

ولا يملك هذا أيضًا، أن ينفق عليهم من مال في يده تجب فيه نفقتهم؛ سواء كان قريبًا أم أجنبيًّا.

وقد قيل بعد: إن للأخوة الكبار أن يُنفقوا علىٰ الصغار من أموال الصغار، ولا ضمان عليهم في ذلك ديانة، ولكنهم يضمنون قضاء.

ثم قيل بعد ذلك: إنهم يملكونه ديانة وقضاء، ولكن بشرط أن تكون النفقة من مال يستعمل فيها عادة؛ كطعم يطعمه الصغير، أو ثوب يكساه.

ولكنهم لا يملكون التصرف في أموالهم بالبيع والشراء للإنفاق عليهم، فلا يملكون إطعام الصغار من ثمن الثياب، ولا أن يكسوهم من ثمن الطعام، ولا يشتروا لهم أو يستأجروا بالمال النقد.

وكان مصدر هذا الحكم أيضًا الاستحسان.

وهذا التطبيق مع سابقه ومع ما يلحقه، يُرينا مقدار الحرج الذي يحسه المذهب الحنفي في الخروج عن قاعدة الأصل.

٢٨٥- نصوص:

مجمع الضمانات، ص٤٩٩:

المديون إذا أنفق علىٰ **ولد** رب الدين لا يبرأ عن الدين، ولا يرجع علىٰ من أنفق، كذا في الصغرىٰ.

شرح النفقات، ص٢٢:

قلت: أرأيت رجلًا **مات ولم يوصِ إلىٰ أحد**، وله أولاد كبار وصغار، وهم في منزله **إن لم يكن في البلد قاضٍ** فأنفق عليهم الأولاد الكبار من أنصباء الصغار؟ قال: إنهم يكونون متطوعين في هذه النفقة، فإنه لا ولايةَ لهم علىٰ الصغار في مالهم، وهذا **في الحكم،** فأمَّا فيما بينهم وبين الله تعالىٰ لا ضمان عليهم؛ **لأنهم أحسنوا فيما فعلوا،** فلا ضمان عليهم فيما بينهم وبين الله، **استحسانًا.**

مجمع الضمانات، ص٤٥١:

لو أنفق علىٰ [الأولاد] الصغار من مال الميت وليس لهم وصي، **لم يضمن ديانة،** ولا يأثم بالحلف: من الوجيز.

جامع الفصولين، ج٢ ص٢٧:

نوادر ابن سماعة: لو ترك طعامًا أو ثوبًا فأطعم **الكبير** الصغير، وألبسه الثوب، وليس بوصي، لم يضمن الكبير **استحسانًا،** بخلاف **إنفاق النقد.**

٤ - فداء الأسير

٢٨٦- إذا أسر الحربيون أسيرًا مسلمًا أو ذِمِّيًا، فإنهم لا يملكونه بالأسر، فإذا فداه شخصٌ بماله، واستخلصه من أيديهم بغير أمرٍ منه، فإنه لا يستحق الرجوع عليه، وإن كان قصد الرجوع عليه بما فداه جريًا علىٰ الأصل في عدم التزام الإنسان ما لم يلتزمه.

هذا الحكم فيما إذا كان الأسير لا يجري فيه الملك، كما لو كان حرًّا أو مدبرًا، أو مكاتبًا. أمَّا لو كان رقيقًا فإن الحربيين يملكونه بالاستيلاء؛ فمن يفديه منهم، أو يشتريه، فإنه يملكه بالفداء، ويكون له أن يرجع علىٰ سيده بما فداه به إن اختار السيد أَخْذَ العبد، ويكون الرجوع حينئذٍ سببُه التزام السيد الإرادي.

وضرورة الأسير للفداء، أو بعبارة أخرىٰ، منفعته به لم تبرر في المذهب الحنفي تصرف غيره عنه، فبقي المذهب يحكم القاعدة العامة.

٢٨٧- نصوص:

المبسوط، ج١٠ ص٦٠:

وإن اشترىٰ التاجر مكاتبًا، أو مدبرًا، أو حرًّا أسره أهل الحرب وأخرجه، فالحرُّ علىٰ حاله، والمكاتب والمدبر كذلك؛ لأنهما **لا يملكان** بشيء من أسباب الملك، وإن كان المشتري فَدَاهما بغير أمرهما، فلا رجوع له عليهما؛ لأنه تبرع بما فداهما.

وص١٤٢ :

وبطل ماله؛ لأنه متبرِّع فيما فدىٰ به، **غيرُ مجبَرٍ** علىٰ ذلك شرعًا ولا مأمورٍ به من جهة من حصلت له المنفعة، **فلا** يرجع عليه بشيء.

البدائع، ج٥ ص١٢٩ :

فلا شيء علىٰ المشتري الحر [الأسير]؛ لأنه ما اشتراه حقيقةً، لكنه بذل مالًا لاستخلاص الأسير بغير إذنه، فكان متطوعًا فيه، فلا يملك الرجوع عليه، وإن أمره الحر به ففعله بأمره، رجع عليه؛ لأنه لمَّا أمر بذلك، كأنه استقرض منه فيرجع عليه **بحكم الاستقراض**(١).

(١) قارن: الخراج، لأبي يوسف، ص١٢٣.

٥ - استنقاذ مال الغير

٢٨٨- لا يرجع الشخص بعوض عن عمل نافع علىٰ غيره، إلَّا بعقد الإجارة، ولا يُستثنىٰ من هذا أن يكون العمل النافع دفعت إليه ضرورة حفظ مال الغير، فإذا بذل الشخص منفعته (جهده) أو ماله لإنقاذ مال غيره مما يهلك به عادةً، أو يفوت به؛ مثل أن يفتديه من أيدي اللصوص، أو يُخرجه بعد أن غرق في البحر، أو ينقذه من الحريق؛ إذا فعل شيئًا من ذلك، فإنه لا يستحق الرجوع علىٰ رب المال بما بذل في هذا السبيل من جهده أو ماله؛ جريًا علىٰ الأصل والقياس.

ولو استدعىٰ إنفاذ المال إتلاف بعضه؛ مثل أن يُشرف الحيوان المأكول اللحم علىٰ الهلاك، فيذبحه اتقاء موته حَتْفَ أنفِه، فالقياس أن يضمن ما فات، ولكن الفقهاء استحسنوا عدم الضمان، وأسَّسوا هذا علىٰ الإذن الضمني، أو الإذن دلالة من رب المال بهذا العمل النافع، وقد تلكأ بعض الفقهاء في قَبول هذا الاستحسان، ولكن المتأخرين منهم قَبِلوه وصحَّحوه.

٢٨٩- نصوص:

العقود الدرية، ج١ ص٩٩ ١/١٠٧:

ومن أخرج متاعًا غرق   لا شكَّ عند الحنفية أنه لا يملكه، ولا يرجع بشيء إلَّا أن يأذن له القاضي أن يُنفق ويرجع.

أبو الليث، ورقة ٢٥٥/ظ وب:

سئل أبو القاسم أحمد بن حم رَحِمَهُ اللَّهُ عن بعير بين رجلين وقع في النهر فعطب فنحره أهل القرية قال **لا ضمان** علىٰ الذابحين إذا علموا أنه **لا** يعيش إلىٰ أن يخبروا صاحبه قال أبو الليث: هذا جواب **الاستحسان،** والقياس أن يضمن إذا ذبح بغير أمر صاحبه قيمتَه.

جامع الفضلين، ج٢ ص٨٨:

فتاوىٰ الفضلىٰ: ذبح شاة لا يُرجىٰ حياتها، لا يضمن استحسانًا، سواءٌ كان **أجنبيًّا** أو راعيًا، وفي فرس وبغل يُفتىٰ بضمان الأجنبي خواهر زاده لو تيقن موتها [الشاة] وذبحها الأجنبي، ضمنها.

قاضيخان، ج٢ ص٣٦٦:

لو رأىٰ رجل شاةَ إنسانٍ سقطت وخِيف عليها الموت فذبحها، قالوا: لا يضمن **استحسانًا**، والمختار للفتوىٰ أنه يضمن.

الكاملية، ج٢ ص٣٤١:

أجنبي ذبح بقرةَ آخَرَ وادَّعىٰ أنه أَيِسَ من حياتها أجاب عنه الخير الرملي: في الأجنبي اختلاف تصحيح وفتوىٰ في الضمان وعدمه؛ صحح صاحب الخلاصة عدمه، ونقله في جامع الفصولين أنه الاستحسان، فعليه القول قول المالك في نفي الإياس بيمينه والبينة علىٰ الذابح والقول في القيمة للذابح بيمينه.

الغياثية، ص١٤٤:

سفينة فيها أحمال وبعض أربابها غائب، واستقرت علىٰ جزيرة لثقلها، فرفع رجل بعض الأحمال، وأخرجه لتخف السفينة، فضاع شيء أو خيف الغرق عليه، لا يضمنه، وإلا ضمنه(١).

---

(١) ابن نجيم ص١٧٣، حاشية الرملي ج٢ ص٨٨، الغياثية ص١٢٧، الهندية ج٢ ص٣٤١، مجمع الضمانات ص٣٣، الكاملية، ص١٧٨.

٦ - التقاط المال الضائع

٢٩٠- يجوز في المذهب الحنفي -كغيره من المذاهب الإسلامية- حيازة المال الضائع الذي لا يعرف صاحبه؛ لحفظه علىٰ ربه، لثبوت ذلك بالسنة، فمَن أخذه علىٰ هذا الوجه فحكمُه في يده كحكم الأمانة بالعقد.

فيلزمه أن يبذل في حفظها العناية المعتادة، ثم لا يسأل عن تلفها في يده إن لم يتعدَّ ولم يفرِّط، ويلزمه أن يسعىٰ في ردِّها لربها بتعريفها حولًا، فإذا عرف ربُّها التزم بتمكينه من قبضها.

ولكن لا يجب عليه الاستمرار في حيازتها وحِفظها، فله أن يردها إلىٰ موضعها الذي أخذها منه، والتزامه بحفظها التزامُ تبرعٍ، يجوز له أن يتخلىٰ عنه، أو -بعبارة النصوص- يفسخه.

٢٩١- وفيما عدا هذا، ليس له أن يتصرف فيها بأيِّ نوعٍ من أنواع التصرفات فلا يبيع ولا يؤجر ولا يودع؛ سواءٌ دَعَتْ حاجةُ إصلاحها إلىٰ هذه التصرفات أم لم تَدْعُ.

علىٰ أن يُستثنىٰ من ذلك التصدق بها إذا كانت مما يفسد بالتَّرْك، أو يكون قد مضىٰ عليها حول التعريف ولم تُعرَف، بشرط أن يلتزم المتصدق (الملتقط) بضمانها لربها إذا اختار تضمينه.

وحكم هذا التصرف الأخير فيه شذوذ عن القواعد العامة، فهو صحيح نافذ، لا يتوقف علىٰ الإجازة، ويملك المتصدق عليه العين به. ومع ذلك

فللمالك إذا حضر أن يستردها من المتصدق عليه، كما له أن يضمنه، أو يضمن المتصدق بها.

وقد حاول بعض الفقهاء تفسيره بأن التصرف صحيح، ولكن يبقىٰ للمالك حقُّ الاسترداد، كما يكون للواهب أن يرجع في الهبة، وكما في صور «التملك القهري» علىٰ العموم.

ولكن الاسترداد والتملك إنما يكون في العين الموجودة لا في عوضها (أي ضمانها).

٢٩٢- وكما ليس له أن يتصرف تصرفًا قوليًّا، فليس له أن يتصرف تصرفًا فِعليًّا، فليس له أن ينفق علىٰ إبقائها أو إصلاحها ليرجع بالنفقة بعدُ علىٰ صاحبها، فليس له -كما يقولون- ولاية شغل ذمة ربها بدين لم يرض به.

٢٩٣- وإذا ادَّعىٰ أَخْذَ المال الضائع لحفظه لربه ليدعي يد الأمانة عليه، وأنكر صاحب المال، فإنه يقبل قول الأول في رأي أبي يوسف عملًا بالظاهر؛ «لأن الظاهر شاهد له باختيار الحسبة».

وفي رأي أبي حنيفة ومحمد، لا يقبل إلَّا ببينة يُقيمها علىٰ قصده الحسبة إن أمكن الإشهاد وقتَ أخذِها، عملًا بالأصل؛ لأنه أقر بسبب الضمان، وهو أخذ مال الغير، وادَّعىٰ ما يُبرئه وهو الأخذ لمالكه، فيجب عليه إقامة البينة علىٰ دعواه.

أمَّا إن لم يمكنه الإشهاد؛ بأن عدم الشهود وقت أَخْذِها، أو خاف إذا أشهد أن يعلم بها ظالم فيأخذها، فإنه يقبل قوله بالإنفاق.

٢٩٤- نصوص:

١- الهداية، ج٤ ص٤٢٣:

اللقطة **أمانة** إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها علىٰ صاحبها؛ لأن الأخذ علىٰ هذا الوجه مأذون **فيه شرعًا**.

منلا مسكين، ج١ ص٣١٤:

لقطة الحل واللحوم أمانة إن أخذها ليردها علىٰ ربها حتىٰ لو هلكت لا يضمن وقدره [تعريفها] محمد في الأصل بالحول من غير تفصيلٍ بين القليل والكثير، وما رُوي عن أبي حنيفة أنها إذا كانت عشرة دراهم فصاعدًا، عرَّفها حولًا، وإن كانت أقلَّ من عشرة دراهم عرَّفها بحسَب ما يرىٰ، **فليس بتقدير لازم**.

البدائع، ج٦ ص٢٠١:

إذا أخذ اللقطة وردَّها في مكانها، لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وبعض مشائخنا قالوا: هذا الجواب فيمن أخذها ولم يبرح ذلك المكان حتىٰ وضعها.

وقال الشافعي: يضمن . . . ، وجه قوله أنه لمَّا أخذها التزم حِفظَها، بمنزلة القبول في الوديعة لنا: أنه أخذها محتسبًا متبرعًا ليحفظها علىٰ صاحبها، فإذا ردها إلىٰ مكانها فقد **فسخ التبرع**، فصار كأنه لم يأخذها أصلًا، وبه يتبين أنه لم يلتزم الحفظ، وإنما تبرع به وقد رده بالرد إلىٰ مكانها، فارتد وجعل كأن لم يكن.

ب- الهداية، ج٤ ص٤٢٦:

وإن كانت اللقطة شيئًا لا يبقىٰ، عرَّفه، حتىٰ إذا خاف أن يفسد **تصدَّق به**.

البابرتي، ج٤ ص٤٢٧:

إن جاء صاحبها بعد التعريف دفعها إليه أيضًا **لا** لعين حقه، وإن لم يجئ فهو بالخيار، إن شاء **تصدَّق بها** أيضًا لا لعوض المستحق **وهو الثواب** . . .

الهداية، الموضع ذاته:

فإن جاء صاحبها بعدما تصدق به **فهو بالخيار**؛ إن شاء أمضىٰ الصدقة وله ثوابها؛ لأن التصدق وإن حصل **بإذن الشرع**، لم يحصل بإذنه، **فيتوقف علىٰ إجازته والملك يثبت للفقير قبل الإجازة** فلا يتوقف علىٰ قيام المحل وإن شاء ضمن الملتقط؛ لأنه سلم ماله إلىٰ غيره بغير إذنه، إلَّا أنه **بإباحة من جهة**

الشرع، وهذا لا ينافي الضمان حقًّا للعبد . . . وإن شاء **ضمن المسكين**؛ **لأنه** قبض ماله بغير **إذنه**، وإن كان قائمًا أخذه؛ **لأنه** وجد عين ماله.

فتح قدير، الموضع ذاته:

إن قلت: إذا قبضها الفقير ملكه فيها بإذن الشرع، فكيف يسترجعها؟ أجيب بأن لا مانع من ثبوت الملك بإذن الشرع، **مع ثبوت حق الاسترداد**، كما في الهبة والمرتد الراجع من دار الحرب مسلمًا بعد الحكم باللحاق.

ج- وفي ص٤٢٨:

فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم، فهو متبرع؛ لقصور ولايته عن ذمَّة المالك؛ أي عن أن يشغلها بالدين بلا أمره.

د- الهداية، ج٤ ص٤٢٤:

وإن لم يشهد الشهود عليه - وقال الآخذ: أخذته **للمالك** وكذبه المالك، يضمن عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يضمن، والقول قوله؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لاختياره الحسبة دون المعصية، ولهما: أنه أقر بسبب الضمان، وهو أخذُ مال الغير، وادَّعىٰ ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه، وفيه وقع الشك، فلا يبرأ، وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله؛ لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملًا لنفسه.

فتح التقدير، الموضع ذات:

وهذا الاختلاف فيما إذا **أمكنه الإشهاد**، وإذا لم يمكنه عند الرفع، أو خاف أنه إن شهد أخذها منه ظالم، فتركه، لا يضمن بالإجماع، والقولُ قولُه **مع يمينه**.

٧ - رد الآبق

٢٩٥- وردت في الآبق آثار من السنة وأقوال الصحابة، وقد أخذ بها المذهب الحنفي، فخالف قياسه، وخرج عن قواعده العامة.

فأجاز للشخص أن يأخذ العبد الآبق لغيره؛ ليردَّه إليه، ويلزمه أن يشهد علىٰ قصده هذا في رأي أبي حنيفة ومحمد كما مر في اللقطة. فإذا أخذه علىٰ هذا الوجه، كان أمانة في يده ببذل في حفظه العناية المعتادة، ولا يسأل عن هلاكه أو نقصه إلَّا إذا تعدَّىٰ أو فرَّط.

٢٩٦- وبخلاف الأعمال النافعة الأخرىٰ، يستحق من يردُّه عوضًا عن عمله يرجع به علىٰ ربه. ولكنَّه العوض الذي قدرته الآثار، فلا تأثير لقيمة العمل نفسه، وهذا العوض أربعون درهمًا إذا رده من مسافة القصر فأكثر، ويشترط في ذلك بالإضافة إلىٰ قصد العمل لربه، أن يقصد الرجوع بالعوض، فإن قصد التبرع لم يكن له أن يرجع، وفي حكم هذا أن يدل علىٰ قصده التبرع العُرف، كما لو كان الراد أحد الزوجين علىٰ صاحبه أو الابن علىٰ أبيه، وعلىٰ العموم رد من كان في عمال المالك، ويشترط لاستحقاق العوض أيضًا تمام العمل؛ بأن يصل به إلىٰ ربه، فلو مات دون ذلك لم يرجع.

وفيما سوىٰ هذا ينطبق حكم الأصل، فلا يستحق الرجوع بثمن بذله لفدائه، ولا بمال أنفقه في طعامه، ولا بأجرة استأجر بها من يحمله، أو يحفظه.

٢٩٧- نصوص:

منلا مسكين، ج١ ص٣١٦:

وإن أبق من الراد لا يضمن الراد، هذا إذا شهد علىٰ أنه أخذه ليردَّه لمالكه، فالإشهاد عليه حتم عند أبي حنيفة ومحمد.

الهداية، ج٤ ص٤٣٥-٤٣٧:

ومن رد الآبق علىٰ مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا فله عليه جُعلُه؛ أربعون درهمًا، وإن ردَّه بأقلَّ من ذلك **فبحسابه**، وهذا **استحسان** والقياس أن لا يكون له شيء إلَّا بالشرط . . . ؛ لأنه متبرِّع بمنافعه، أشبه العبد الضال، ولنا: أن الصحابة (رضوان الله عليهم) اتفقوا علىٰ وجوب أصل الجعل، إلَّا أن منهم من أوجب أربعين، ومنهم من أوجب ما دونها، فأوجبنا الأربعين مسافة السفر وما دونهما فيما دونه؛ توفيقًا وتلفيقًا بينهما، ولأن **إيجاب أصل الجعل حامل علىٰ الرد**؛ إذ الحسبة نادرة، فتحصل صيانة أموال الناس، والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال، فامتنع، ولأن **الحاجة إلىٰ صيانة الضال دونها** إلىٰ صيانة الآبق ولو كان الراد أبا المولي أبو ابنه وهو في عياله، أو أحد الزوجين علىٰ الآخر، فلا جُعل؛ لأن هؤلاء لا يتبرعون بالردِّ **عادةً**.

فتح القدير، ج٤ ص٤٣٧:

وباقي الأقارب، فإن **كانوا في عيال المالك**، لا يجب لهم شيء، وإن لم يكونوا في عياله وجب لهم؛ لأن العادة والعرف أنَّ الإنسان إنما يطالب الآبق بمن في عياله، فكان **التبرع منهم ثابتًا عُرفًا**، وهو كالثابت نصًّا.

المبسوط، ج١١ ص٣١:

عبد أبق إلىٰ بعض البلدان فأخذه رجل، فاشتراه منه رجل فإن أشهد حين الشراء أنه اشتراه ليردَّه علىٰ صاحبه؛ لأنه لا يقدر عليه إلَّا بالشراء، **فله الجعل**؛ لأنه بهذا الإشهاد أظهر أنه يعمل للمولي في الرد، ولكونه الطريق الذي يمكنه ولا يرجع علىٰ المولىٰ بما أدَّىٰ من الثمن، قلَّ ذلك أو كَثُر؛ لأنه متبرع.

شرح النفقات، ص٤١-٤٢:

ولو أنَّ شخصًا أصاب دابة وأخذ ذلك ليعرفه فإن أنفق عليها فهو متطوع وإن وجد عبدًا آبقًا أو ضالًّا فأنفق، فكذلك الجواب.

٨ - ملتزم الحفظ

٢٩٨- الوديع والمستعير والمضارب والوكيل في قبض شيء والمستأجر ونحوهم، يلتزمون بحفظ الوديعة والعارية ومال المضاربة والمقبوض بالوكالة والمستأجر.

وهذا الالتزام يحدِّد مداه العقد؛ غيرَ أنَّه تطرأ ظروف تستدعي التصرف بما يجاوز ما يحدده العقد من مدىٰ. وكان الأصل أن يكون ملتزم الحفظ فيما وراء ما يوجب العقد أجنبيًّا، فلا يجوز تصرفه عن المالك ولكن وجود أصل العقد، ساعد علىٰ اعتبار منفعة المالك مبررًا لتصرف غيره عنه، وإن كان التصرف بدون إذنه علىٰ نحو ما سيأتي.

٢٩٩- يملك الأمين بالعقد، أن يتلف بعض المال إذا دعت إلىٰ ذلك ضرورة حفظ الباقي، ولا يلحقه ضمان. فإذا أشرف الحيوان المأكول اللحم علىٰ الهلاك حتفَ أنفِه فنَحَرَه، أو شحطت السفينة فأخرج بعض المتاع لتخف، أو خيف عليها الغرق بسبب ثقل الحمولة فتطرح بعضها لتنجو، فإنه يملك هذه التصرفات، فلا يضمن بسببها.

ويملك أن يدفع القليل من المال الذي بيده لينقذ باقيَه الكثير، فإذا مرَّ المضارب -مثلًا- بالمال علىٰ قاطع طريق فصانه بشيء منه، وإذا خاف الولي جور الحاكم علىٰ مال اليتيم فبره ببعضه، لم يجب علىٰ من فعل ذلك ضمان؛ لأنه فعل له الولاية عليه.

ويجوز أحيانًا التصرف القولي، **فإذا** خيف علىٰ المال الفساد بمرور الزمن، جاز لمن بيده أن يبيعه ويحفظ ثمنه لربه.

٣٠٠- ومصدر هذه الأحكام الاستحسان. وقد أسَّسها الفقهاء علىٰ الإذن دلالة؛ «لأنها مقتضىٰ الحفظ، والحفظ مأمور به»، ولكنهم -فيما يبدو- لا يقصدون أن هذه الأعمال من موجبات العقد؛ لأنهم أحيانًا يجوزونها بهذ التأسيس من الأجنبي الذي لم يجر معه عقد أصلًا، وإنما قصدوا مجرد تبرير خروجها عن الأصل، وأن الدافع منفعة صاحبها الذي يرضىٰ بهذه التصرفات عادة.

٣٠١- ولكن الأمين بالعقد مع ذلك لا يملك من التصرف ما يترتب في ذمة رب المال دينًا، ولو اقتضاه إصلاح المال، فإذا ادَّعىٰ شخص الوديعة وأقام عليها البينة فصالحه الوديع عن ربها بشيء، ولو ندت فاستأجر من يأتي بها، ولو احتاجت إلىٰ العلف فأنفق علىٰ إطعامها، فإنه لا يرجع بشيء من ذلك علىٰ ربها.

٣٠٢- وفي التصرفات التي ملكها الأمين بالعقد بسبب الضرورة، لما لم تكن من مقتضىٰ العقد؛ فإنه يتحمل عبء إثبات الضرورة التي برَّرتها، والغالب أن يشترط في ذلك البينة، وقد يكتفي بالقرينة القوية، كما لو أثبت حرق بيته وقد ادَّعىٰ إخراجها منه لتهديدها بخطر الحرق.

م- نصوص:

أ- الأصل (ج)، الوديعة:

قلت: أرأيت الرجل يكون عنده الوديعة فيحترق بيته فيخرج متاعه فيضعه في بيت جاره، **وخرج بالوديعة معه**، هل يضمن؟ قال: لا ضمان عليه. قلت: لم؟ قال: أستحسن في هذا وشبهه، أن لا أضمنه.

المبسوط، ج١٥ ص١٦٤:

وإن خاف الراعي علىٰ شاةٍ منها فذبحها، فهو ضامن لقيمتها يوم ذبحها؛ لأن صاحبها لم يأمره بذبحها.

جامع الفصولين، ج٢ ص١٢٥:

[الذخيرة البرهانية]: خاف الراعي هلاك شاة فذبحها، ضمن؛ إذ الذبح ليس من عمل الراعي، فلا **يدخل تحت العقد**، قال البلخيون: هذا لو يرجىٰ حياتها أو مشكلًا، أما لو تيقن موتها يبرأ؛ **إذ الأمر بالرعي أمر بالحفظ**، والحفظ الممكن حال تيقن الموت الذبح، فيصير مأمورًا به [الزيادات:] يبرأ الأجنبي أيضًا؛ **إذ الإذن دلالة في هذه الحالة**، وهو الصحيح.

الهداية، ج٧ ص٩١:

فإن أودعها غيرها [من في عياله] ضمن؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره **ولأن الشيء لا يتضمن مثله**؛ كالكوكيل لا يوكل إلَّا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلىٰ جاره، أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلىٰ سفينة أخرىٰ؛ **لأنه تعيَّن طريقًا للحفظ** في هذه الحالة، **فيرتضيه المالك**.

الغياثية، ص١٢٧:

بعيرين شريكين حمل عليه أحدهما بإذن الآخر فسقط، ولا تُرجىٰ حياتُه فنحره، لا يضمن؛ لأنَّ حفظ نصف شريكه في هذه الحالة بالنحر، فكان إذنًا له والراعي والبقار لا يضمنان؛ لوجود الإذن دلالة.

ب- طلبة الطلبة، ص١٤٩:

ولو أراد العاشر أن يأخذ من **المضارب** شيئًا فصانعه حتىٰ **يكف عنه، ضمن** . . .

تكملة ابن عابدين، ج٢ ص٣٠١:

قال في [مجمع الفتاوىٰ] وكان شيخان يقول: الجواب في زماننا بخلاف هذا، ولا ضمان علىٰ **المضارب** فيما يعطي من مال المضاربة لسلطان طمع فيه وقصد أخذه بطريق الغصب، وكذلك الوصي في مال اليتيم؛ **لأنهما يقصدان الإصلاح بهذه المصانعة**، فلو لم يصانع أخذ المصانع جميع المال، فدفع البعض لإحراز ما بقي من **جملة الحفظ** في زماننا، والأمين **فيما يرجع إلىٰ الحفظ لا يكون ضامنًا**، أمَّا في زمانهم فكانت القوة لسلاطين العدل. (اهـ).

ويؤخذ من هذا أنه إذا **دفع مال نفسه** يكون متبرعًا، فيضيع عليه ما دفع **إلَّا إذا أشهد عند الدفع أنه دفع ليرجع**.

آداب الأوصياء، ج٢ ص٢٨٦:

وفي النوازل والخانية: **مر الوصي** بمال اليتيم علىٰ سلطان جائر، وخاف إن لم يبره بشيء منه أن ينزع ماله من يده فبره منه، **لا ضمان عليه**، ويماثله المضارب وفي جامع الصغار، ورأيت في موضع أن حكم **وصي التركة** يطمع فيها السلطان كذلك، قال أبو بكر الإسكاف: **وهذا ليس بقول أصحابنا**، إنما هو قول **محمد بن سلمة**، وهو **استحسان منه**. وعن الفقيه ابن الليث، أن محمدًا أخذ هذا القول عمَّا رُوي عن أبي يوسف أنه كان يجوز المصانعة في مال الأيتام ويؤيده قصة خرق الخضر سفينة المساكين

ج- المبسوط، ج١١ ص١٢٦:

وإذا كانت الوديعة إبلًا أو بقرًا أو غنمًا واجتمع عنده من ألبانها شيء كثير **يخاف فساده**، أو كان ذلك ثمرة أرض **فباع** بغير أمر القاضي إذا كان في موضع لا يتوصل إلىٰ القاضي قبل أن يفسد ذلك الشيء، لم يضمن **استحسانًا**.

جامع الفصولين، ج٢ ص٩٩- ١٠٠:

[فوائد صدر الإسلام طاهر بن محمود] **دفع بعيره إلىٰ رجل ليكريه** ويشتري له شيئًا، فعمي البعير **فباعه** وأخذ ثمنه فهلك، لو كان في موضع يقدر علىٰ الرفع إلىٰ القاضي، أو يستطيع إمساكه، أو ردَّه مع ا لعمىٰ ضمن قيمته وإلَّا برئ.

أبو الليث، ورقة ٢٢٥/ ظ:

بعير بين رجلين فحمل أحدهما من الرستاق عليه شيئًا **بأمر شريكه**، فوقع في النهر فعطب، فنحره أهل القرية، فجاء شريكه الآخر، وباع اللحم علىٰ الشريك السابق يضمن البائع إذا باع بغير إذن شريكه في القياس. **وفي الاستحسان** لا يضمن، وهو كالمأذون من طريق الدلالة.

جامع الفصولين، ج٢ ص١١٦:

[عدة المفتين] لو عمي الحمار وعجز عن المضي فباعه المستأجر وهلك ثمنه في الطريق، لو كان في موضع لا يصل إلىٰ الحاكم، يبرأ.

د- مجمع الضمانات، ص٢٨٩:

ادَّعىٰ عينًا فقال ذو اليد: هذا وديعة فلان، فصالحه بعد البينة أو قبلها، جاز، ولا يرجع علىٰ المصالح عنه؛ لعدم أمره.

المبسوط، ج١٥ ص١٦٤:

ولا ضمان علىٰ الراعي فيما عنده   وإن استأجر من يجيء بتلك [التي ندت]، فهو متطوع في ذلك **كغيره من الناس؛** لأن صاحبه لم يأمره بالاستئجار.

وفي ج٢١ ص١٨٣:

المودع إذا فدىٰ الوديعة من الجناية، كان متطوعًا؛ وهذا لأنه تعيَّن التزامه باختياره من غير أن يكون مضطرًّا إليه أو مجبرًا عليه.

وفي ج١٩ ص١٥١:

وإذا قضىٰ بالدية مائة من الإبل   فوكل الطالب وكيلًا بقبضها، وأنفق عليها في علفها وسقيها ورعيها حتىٰ يبلغها الموكل، فهو تطوع في ذلك؛ لأنه لم يؤمر بذلك، فهو أمين أنفق علىٰ الأمانة بغير أمر صاحبها ولا أمر القاضي.

هـ- جامع الفصولين، ج٢ ص١٢٥:

[النوازل لأبي الليث] لو قال الراعي: **ذبحتها** لمرضها وأنكر المرض **ربها**، صدق **ربها؛** إذ أقرَّ بسبب الضمان.

البابرتي، ج٧ ص١٩١:

لكن [المودع] منهم في **دعواها** [الضرورة]؛ لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب، وهو التعليم والإلقاء، فصار كدعوىٰ الإذن بالإيداع، فلا بد من إقامة البينة، وقال في المنتقىٰ: إذا علم احتراق بيته قُبِل قولُه؛ يعني بلا بينة.

٩ - انفراد أحد الأوصياء بالتصرف

٣٠٣- في رأي أبي حنيفة ومحمد، أنه إذا أوصىٰ إلىٰ اثنين فأكثر، لم يجز لأحدهما أو لأحدهم التصرف استقلالًا دون صاحبه، وذلك -كما قالوا-: لأنَّ الولاية تثبت بالتفويض، فيُراعىٰ وصف التفويض إذ هو شرط مقيد، وما رضي الموصي إلَّا بالمثنىٰ.

ولكنهم استثنوا من هذا الحكم بعض التصرفات، ويختلف الفقهاء في تعدادها، ولكن صفة تجمعها، وهي أن كلها تقضي به ضرورة المتصرف له وحاجته، أو تكون مما لا يحتاج فيها إلىٰ التدبير وإعمال الرأي والظاهر -بالرغم من تعدادها- أنَّ كلَّ تصرُّفٍ يحمل هذه الصفة يجوز للوصي الانفراد به، بدليل أن تعدادها يزيد بتجدد النوازل.

ويمكن أن يقال: إن الوصي حين يكون له أن يستقل بالتصرف بالعلة في ولايته علىٰ التصرف منفعة المتصرف له، وقد ساعد علىٰ اعتبار هذه العلة صفته كوصي، ولا يمكن أن يقال: إن عقد الوصية هو موجب هذه التصرفات؛ لأنَّ هذه التصرفات مجاوزة لحدوده سلطته كوصي، والنصوص تصرح بأن لا يملكها بالولاية، وإنما بالضرورة.

مصدر الحكم في هذه التصرفات هو مصدر الحكم في أشباهها؛ أعني الاستحسان.

ومن أمثلة هذه التصرفات: تجهيز الميت، وشراء ما يحتاجه الصغار من طعام وكسوة، وجمع الأموال الضائعة، وبيع ما يُخشىٰ عليه التوىٰ والتلف.

٣٠٤- نصوص:

الهداية، ص٤٩٣-٤٩٤:

ومن أوصىٰ إلىٰ اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند **أني حنيفة ومحمد** دون صاحبه؛ إلَّا في أشياء **معدودة** ... لهما: أن الولاية تثبت بالتفويض، فيراعىٰ وصف التفويض، وهو وصف الاجتماع؛ إذ هو شرط مقيد، وما رضي الموصي إلَّا بالمثنىٰ بخلاف الأشياء المعدودة؛ **لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية**، ومواضع الضرورة مستثناة أبدًا.

آداب الأوصياء، ج٢ ص٣٤٥:

وفي الخانية وغيرها أنه لا يتمكن أحد الوصيين أو الأوصياء من التصرف بدون حضوره صاحبه، إلَّا فيما **لا بد له منه، أو لا يكون فيه** مدخل للرأي.

غاية البيان، المجلد السادس، الموصىٰ إليه:

وحاصل ما قالوه في شرح الجامع [الكبير]، أن أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف فيما هو من باب الولاية عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: ينفرد. وأجمعوا فيما ليس من باب الولاية أنه ينفرد كل واحد منهما، وذلك مثل: شراء ما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة، وبيع ما يخشىٰ عليه التوىٰ والتلف؛ لأنه من باب الضرورة، **ولهذا تملكه الأم**، ومثل شراء الكفن؛ لأنه ضروري ولهذا لو مات رجل في محلة قوم ومعه مال فكفَّنوه ودفنوه من ماله، جاز **وإن لم يكن لهم ولاية** ... وكذلك شراء الكسوة والطعام للصغار يجوز للبلوىٰ كذا قال الفقيه أبو الليث في مختلف الرواية وكتاب نكت الوصايا ...، وجمع الأموال الضائعة المتفرقة ينفرد به أحدهما؛ لأنه ليس من باب الولاية ألا ترىٰ أن الجيران

يفعلون ذلك؟ قال الفقيه أبو الليث: وكان القياس أن لا يجوز تصرف أحدهما دون الآخر في الأشياء المعدودة أيضًا، إلَّا أنهما **استحسنا فيها، في بعضها لأجل البلوىٰ،** وفي بعضها لأنه لا يحتاج التدبر[1].

(1) المبسوط، ج٢٨ ص٢١، معراج الدراية ج٤ ورقة ١٦٣/ظ، قاضي زاده ج٨ ص٤٩٤، الحموي ج٢ ص١٧، مجمع الضمانات ص٤٠٤-٤٠٥.

١٠ - الوصاية الاضطرارية

٣٠٥- إذا مات الشخص في بلدٍ لا وصيَّ له فيه، ولا حاكم يتولىٰ تركته، أو وجد الحاكم ولكن خيف علىٰ الترك منه، فإنه يجوز للأجنبي أن يتولىٰ التركة فيجهز الميت منها؛ بشراء الكفن، ودفع تكاليف الدفن، ثم يتولىٰ بيعها، وينفذ بيعه فيها، وتكون يده علىٰ الثمن كيَدِ الوكيل؛ يدَ أمانة.

وتقول النصوص: إنَّ مثل هذه الواقعة حدثت لمحمدٍ مرَّةً، ولأصحابه مرةً أخرىٰ، فحكم فيها بهذا الحكم، وقد اختلف فقهاء المذهب فيها؛ فرأىٰ بعضهم أن هذا الحكم حكم ديني ينتفي به الإثم ولا ينتفي به الضمان، ورأىٰ آخرون أنه حكمٌ قضائي ينتفي به الإثم والضمان، وهذا هو الرأي الذي ساد -فيما يبدو.

والمتصرف يجب ليكون له الولاية علىٰ التصرف، أن يعمل بقصد منفعة رب المال، وأن يبذل في تصرفه العناية المعتادة كما لو كان وليًّا، أو وكيلًا.

وولايته علىٰ التصرف تؤسَّس هنا أيضًا علىٰ منفعة المتصرف له ورعايته مصلحته، أو -كما قالوا-: «تصرُّفُه جائز للضرورة»، والمقصود بالضرورة هنا ضرورة المتصرف له.

ومن الفقهاء المحدثين الأستاذ صبحي المحمصاني، يؤسسها علىٰ الإذن الضمني، باعتبار أنَّ رفقة السفر -والغالب أن تحدث هذه الواقعة في السفر- بعقد الصحبة قد أذن بعضُهم لبعضٍ في مثل هذا التصرف، فتؤسس علىٰ الإذن الضمني[1]

---

(١) المحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود، ج١ ص٧٧.

ولكن هذا ليس واضحًا؛ فالمسألة كما تكون في السفر تكون في الحضر، وكما يكون المتصرف الرقيق في السفر يكون غيره من الأجنبيين، كما ما يمكن أن يقال -فيما يظهر-: إن الإذن دلالة تبرر اعتبار منفعة المتصرف له موجبة للولاية علىٰ التصرف.

٣٠٦- نصوص:

أبو الليث: ورقة ٢٦٥/ب:

روىٰ نصير عن أبي سليمان، قال: مات رجل يقال له: ليث المروزي ههنا، ولم يوص إلىٰ أحد، فباع **محمد** كتبه في بيع من يزيد، قال نصير: وهو يومئذٍ قاضٍ؟ قال: لم يكن يومئذٍ قاضيًا، قال أبو سليمان: هذا هو الحق عندنا، قلت: وإن كان عليه دين؟ قال: لا يبيع، قلت: فإن كان عنده جارية؟ قال يبيعها؛ لأن المشتري يسعه أن يطأها.

وفي ورقة ٢٧٢/ظ:

سُئل أبو القاسم عن رجل غريب، نزل في بيت سفر، فمات وترك دراهم، هل يجوز أن يشتري له كفنًا من ماله، ولم يوص إلىٰ أحد؟ قال: يرفع إلىٰ الحاكم حتىٰ يأمره، فإن لم يجد القاضي كفنَه **وسطًا**.

شرح النفقات، ص٢٣-٢٤:

نظير هذا ما حكي عن محمد رحمه الله أنه مات واحد من تلامذته، فباع محمد ابن الحسن كتبه وأنفق في تجهيزه، فقيل له: إنه لم يوصِ بذلك، فتلا محمد بن الحسن قوله تعالىٰ: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، فكان علىٰ قياس هذا، فلا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وأما في الحكم فهو ضامن.

الأشباه، ج٢ ص٩٩:

لا يجوز التصرف في مال غيره بغير إذن ولا ولاية إلّا في مسائل الثالثة: إذا مات بعض **الرُّفقة** في السفر، **فباعوا** قماشه وعدته وجهزوه بثمنه وردوا

البقية إلىٰ الورثة، أو أغمي عليه فأنفقوا عليه من ماله، لم يضمنوا **استحسانًا**، وهي واقعة **أصحاب محمد**.

الغياثية، ص١٨٢:

إذا تصرف واحد من أهل السكة في مال الميت من **البيع والشراء ولا** وصي للميت، وهو يعلم أن الأمر لو وقع إلىٰ القاضي حتىٰ ينصب وصيًّا، فإنه يأخذ المال ويفسده، أفتىٰ أبو نصر الدبوسي بأن **تصرفه جائز**؛ **للضرورة**.

قال قاضيخان: **هذا استحسان، وبه نفتي**. قال [المؤلف]: فتوىٰ أبي نصر الدبوسي موافقة لهذا الزمان؛ فإنهم يأخذون مجانًا من هذه الحادثات، ويؤدون إلىٰ من أطلق عليهم المبرات، واحتمال الفساد تحقق بالوقوع في هذه البلاد[1]

(١) المبسوط ج١٥ ص١٦٤، جامع الفصولين ج٢ ص١١٥، الفتاوىٰ الخيرية ج٢ ص٢٣٧، الهندية ج١ ص٥٢٤، الغياثية ص١١٢، مجمع الضمانات ص١٤٣.

١١ - الخسائر البحرية

٣٠٧- إذا هال البحر، وخيف الغرق بثقل السفينة، فطرح الربان أو بعض الركاب بعض الحمولة، ونجت السفينة بسبب الطرح، فإن من طُرح متاعه لا يستحق الرجوع بما خسره علىٰ أصحاب البضائع الذين انتفعوا بخسارته فنجت أموالهم، إلَّا إذا اتفقوا علىٰ الطرح؛ **فإن الخسارة توزَّع عليهم** بالرؤوس، وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة.

٣٠٨- نصوص:

ابن نجيم، ص١٢٦:

سئل عن جماعة من التجار سافروا بمركب ومعهم أحمال   فهاج البحر عليهم وتحققوا الغرقَ إن لم يلقوا بضاعتهم أو بعضها، فألقوا بعضها في البحر   هل يكون ما ألقي علىٰ صاحبه أم علىٰ الجماعة؟ أجاب: إذا تراضَوْا علىٰ الإلقاء فالغرم علىٰ الرؤوس[1]

---

(١) مجمع الضمانات، ص٤٥٦.

١٢ - قبض الهبة عن الغير

٣٠٩- في المذهب الحنفي، لا تتم الهبة إلَّا بالقبض، ولا ينتقل الملك إلىٰ الموهوب له إلَّا به، ولكن أحدًا لا يملك القبض عن غيره ما وهب له إلَّا بولاية أو وكالة كسائر التصرفات، وتطبيقًا للقاعدة أن أحدًا لا يملك أن يدخل في ملك غيره شيئًا إلَّا بالإذن، أو الولاية.

وسواءٌ في هذا أن يكون الموهوب له غائبًا أم حاضرًا، صغيرًا أم بالغًا، سفيهًا أم رشيدًا، قادرًا علىٰ القبض أم عاجزًا عنه.

وقد استثنوا من ذلك قبض من كان الصبي في عياله إذا فقد ولي الصبي من أب أو وصيه، والذي في عياله الصبي هو الكافل، وقد تقدم الكلام عليه[١]

وقد علَّلوا هذا الحكم بالضرورة؛ أي ضرورة المتصرف له إليه مع عدم تضرُّرِه به؛ لأن تصرف هؤلاء مشروط بالنظر له، وبتمامه علىٰ وجه السداد.

وبالرغم من أنَّ قبض الهبة تصرف نافع محض، فلا يجوز عن الغير في غير هذه الصورة.

٣١٠- نصوص:

قاضي زاده: ج٧ ص١٢٦:

قبض الهبة لأجل اليتيم يصح مِن كل مَن يعوله نحو الأخ والعم

---

(١) الفقرة «٢٨٢» من هذا البحث.

والأجنبي قال صاحب النهاية ذكر في الإيضاح ومختصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحدٌ من الأربعة، وهم: الأب ووصيه، والجد ووصيه. فأمَّا مع وجود واحد منهم، فلا؛ لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فإذا لم يبقَ واحد منهم، جاز قبض من كان الصبي في عياله؛ لثبوت **نوع ولاية له حينئذٍ** ألا ترىٰ أنه يؤدبه ويُسلِمه في الصنائع، فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة؛ لكونه من باب المنفعة. (اهـ).

الهداية، ج٧ ص١٢٦:

وفيما وهبه للصغيرة، يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف ويملكه مع حضرة الأب، بخلاف الأم ومن يعولها غيرها، حيث لا يملكونه إلَّا بعد موت الأب أو غيبته منقطعة **في الصحيح**؛ لأنَّ تصرف هؤلاء **للضرورة** لا بتفويض الأب، ومع حضوره لا ضرورة.

١٣ - الإعتاق عن الغير

٣١١- ومثل قبض الهبة عن الغير، الإعتاق عنه، فبالرغم من أنه تصرف نافع محض فلا يملكه أحد عن غيره بغير إذنه؛ ذلك أن العتق يوجب الولاء، والولاء حق، ولا يملك أحد أن يدخل في ملك غيره حقًّا إلَّا بإذنه ورضاه، ويستوي في هذا أن يكون العتق عن واجب علىٰ الغير ككفَّارةٍ أو نذر، أو يكون تطوعًا. ومثل العتق في هذا الصدقةُ عن الغير، ، وأداءُ الكفَّارة والنَّذرِ عنه.

٣١٢- نصوص:

الأصل (د) المجلد الثاني: ورقة ٧٥/ظ وب:

قال أبو حنيفة: إذا أعتق رجلٌ عن رجلٍ عبدًا بإذنه، أو بغير إذنه، فالعتق جائز، **والولاء لمن أعتق**، ولا يكون للمعتق عنه ولاء، وقال أبو حنيفة: لو أنَّ رجلًا قال لرجل: أعتِق عبدَك علىٰ ألفٍ أضمنُها لك، ففعل ذلك، فإنَّ الولاء لمن أعتق، ولا يكون علىٰ الرجل مالٌ وقال أبو حنيفة: إذا قال رجلٌ لرجل: أعتِق **عنِّي** عبدَك بألفٍ فهو حر، والمال له لازم، والولاء للَّذي أعتَقَ عنه.

المبسوط، ج٨ ص٩٩:

وإذا أعتق الرجل عن حيٍّ، أو ميتٍ قريبٍ، أو أجنبي، **بإذنه** أو بغير إذنه؛ فالعتق جائز عن المعتق، والولاء له دون المعتق عنه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. أمَّا إذا كان بغير إذنه فهو قولُ الكل؛ **لأنه ليس لأحدٍ ولاية إدخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه.**

وفي ج٧ ص١٩:

ولو تصدق عنه رجلٌ بغير أمره، لم يجزه [عن ظهاره]؛ لأن أحدًا لا يملك أن يُدخل الشيءَ في مِلك غيره بغير رضاه.

١٤ - الدعوى عن الغير

٣١٣- في المذهب الحنفي، لا تجوز الدعوىٰ عن الغير؛ سواءٌ كان الغير قادرًا علىٰ إقامة الدعوىٰ لنفسه أم كان غيرَ قادرٍ، وسواءٌ كان الحق يفوت بترك الدعوىٰ أم لا يفوت، وسواءٌ كان القائم بها قريبًا أم أجنبيًّا، لا يجوز إقامةُ البينة علىٰ حقٍّ للغير بدون ولايةٍ عليه أو وكالة، وكلُّ هذا تطبيقٌ لقاعدة الأصل.

٣١٤- نصوص:

منافع الدقائق، ص٣٢٩:

لا ينتصب أحد خصمًا في أحد بلا نيابة عن صاحب الحق، ولا وكالة عنه ولا وراثة؛ لأن **الخصومة مهجورة شرعًا**، ولأن الانتصاب إيذاء، وهو حرام بغير **وجه شرعي**.

معين الحكام، ص٧٢:

قدمه إلىٰ القاضي وقال: إن لأبي علىٰ هذا ألفًا وأبي **غائب وأخاف أن يتوارىٰ**، فجعله القاضي وكيلًا لأبيه وقبل بينة الابن علىٰ المال وحكم به، فرفع إلىٰ قاضٍ آخر، فإن القاضي لا يجيز حكم الأول؛ إذ بينة الابن إنما قامت لغائب . . . ، وكذلك الأخ يقوم لأخيه، والجارُ يقوم لجاره، فليس لهما ذلك إلَّا بالوكالة.

الأشباه، ج١ ص[1]:

(١) رقم الصفحة غير واضح في الأصل، والنص في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٠٥. (الناشر).

ليس لنا مدعي حسبة إلا في **دعوىٰ الموقوف عليه** أصل الوقف، فإنها تُسمع عند البعض، والفتوىٰ علىٰ أنها لا تسمع إلَّا من المتولي وإذا كان الموقوف عليه لا تُسمع دعواه، فالأجنبي أولىٰ.

الفرع الثاني

الفكرة العامة

١ - تطور فكرة المنفعة

٣١٥- إن سيطرة الصناعة الفقهية في المذهب الحنفي لم تهيِّئ المجال كثيرًا للاستجابة للحاجات العملية التي تتجدَّد بمرور الزمن، فلم تكثر فيه الاستثناءات التي تخرج عن قاعدة الأصل «عدم جواز التصرف عن الغير»، وبالتالي لم تتهيَّأ الفرصة لوجود قاعدة عامة للمنفعة كمبررٍ للتصرف عن الغير، كتلك التي وجدت في المذهب المالكي.

ولكن المذهب الحنفي -بحكم الضرورات العملية- لم يستطع أن يجمد علىٰ قاعدة الأصل فخرج عليها ببعض الاستثناءات. وقد ورد بعض هذه الاستثناءات في المجموعات الأولىٰ، والكثير منها ورد في كتب النوازل والفتاوىٰ، كما تلاحظه من تتبع النصوص السابقة.

٣١٦- والمذهب الحنفي يتردد كثيرًا في قَبول هذه الاستثناءات، ومن الأمثلة علىٰ هذا التردُّدِ أنه في استثناء كاستثناء الوصاية الاضطرارية، كان أولا يقصر التسليط علىٰ التصرف، يقصره علىٰ انتقاء التحريم الديني للمتصرف، أو بعبارة أخرىٰ، ثبوت حكم الديانة فيه لا حكم القضاء، ولكنَّه أخيرًا يسلِّم بثبوت حكم الديانة والقضاء فيه علىٰ السواء.

ومن الأمثلة علىٰ ذلك أيضًا، أنه لم يقبل إلَّا في حالات نادرة، التسليط علىٰ التصرف الذي يرتب دينًا جديدًا في ذمة المتصرف عنه، ولو كانت ضرورة المحافظة علىٰ حقِّه ورعاية منفعته تُلجئ إلىٰ ذلك، فلم يجعل للشخص أن يفتدي مال غيره، أو يستنقذه مما يفوت به علىٰ أن يرجع بالعوض عن عمله.

ومن ذلك، أنه لم يقبل التصرف عن الغير، إذا كان التصرف نافعًا نفعًا محضًا له؛ كقَبول الهبة أو قَبضِها، أو العتق عن الغير.

ومما ساعد علىٰ غلبة هذا الاتجاه، وجود من يتولّىٰ شئون الغائبين والعاجزين عن التصرف لأنفسهم؛ فقد كان ذلك -في الغالب- من وظائف القاضي الرئيسية.

ولهذا، ففي أوقات الفساد القضائي، نلاحظ الرغبة في الخروج علىٰ هذا الاتجاه.

٢ - متى تبرر المنفعة التصرف؟

٣١٧- قلنا: إن المذهب الحنفي يُجيز التصرف عن الغير بسبب منفعة هذا في عدة استثناءات، ويمكن أن نقسم هذه الاستثناءات إلىٰ فئات:

(١) فئة وردت بها النصوص من السنة والآثار، فسببها الولاية الشرعية بالنص. وتشمل هذه الفئة التقاط اللقطة، والتقاط اللقيط وردَّ الآبق، فمصدرها التشريعي النص.

(٢) فئة يكون للمتصرف فيها أصل الولاية علىٰ التصرف، ولكنه يجاوز حدود هذه الولاية حين توجب الضرورة هذه المجاوزة، وتشمل تصرفات الأبناء في عقود الاستحفاظ مما يرجع إلىٰ الحفظ؛ كتصرف المودع في الوديعة، والمستعير في العارية، والمستأجر في العين المؤجرة، كما تشمل استقلال أحد الأوصياء بما تقضي الضرورة بالاستقلال به.

وفي هذه الفئة، لما كان للمتصرف أصل الولاية علىٰ التصرف بالعقد، فقد يتوهم أنَّ الولاية علىٰ هذه التصرفات مؤسسة علىٰ العقد، ولكن الواقع أن العقد كان عاملًا مساعدًا في اعتبار منفعة المتصرف له سببًا للتصرف عن الغير، فهو -بلغة الفقه الإسلامي- أقرب إلىٰ أن يكون شرطًا حين تكون المنفعة هي السبب.

ومما يدل علىٰ أنَّ هذه التصرفات ليست موجب العقد؛ **أولًا**: مخالفتها لموجبات العقد بالنسبة لتحمل عبء الإثبات، **وثانيًا**: أن المتصرف لا يتحمل بالتخلي عنها مسئولية عقدية، وهم يصرحون في هذا المقام بعدم الضمان إذا

حدث ضرر بسبب ترك التصرف. **ثالثًا وأخيرًا**: أن بعض الفقهاء يصرحون في هذا المقام بأن هذه التصرفات تجوز بالرغم من سبق نهي العاقد عنها، فلم يبقَ مجال لأن يقال: إنه مأذون بها دلالة؛ لأن الدلالة لا تقوم في مقابل الصريح حسَب المبدأ المعروف.

(٣) فئة يكون المتصرف فيها أجنبيًّا، ليس له أصل الولاية علىٰ التصرف، وهذه التصرفات محدودة ونادرة، وقد رأينا في التطبيقات مثالًا لها في تصرف كافل من لا ولي له من ناقص الأهلية، وما أسميناه بالوصاية الاضطرارية، ولا شك في تأسيس الولاية علىٰ هذه التصرفات علىٰ منفعة التصرف له، وهذا ما تصرح به النصوص.

هذا، ومصدر هاتين الفئتين التشريعي؛ الاستحسان.

٣ - الأحكام

٣١٨- حيث يقال بأن للمتصرف الولاية علىٰ التصرف، فإن الأحكام تتشابه مع مما سبق بالنسبة للمذاهب الأخرىٰ.

١- فإذا كان التصرف عقدًا كالبيع والإيجار، مضىٰ علىٰ المتصرف عنه، فيتعلق به حكم العقد من انتقال الملك في العين بالنسبة للبيع، وانتقال الملك في المنفعة بالنسبة للإيجار.

أمَّا حقوق العقد؛ فإنها تتعلق بالعاقد كما هي القاعدة في المذهب الحنفي.

٢- تكون يد المتصرف علىٰ المال المتصرف فيه يد أمانة، فيلتزم ببذل العناية المعتادة في الحفظ، ولا يسأل عن غير التعدي والتفريط، ويلتزم بتمكين رب المال من استرجاعه.

٣- إذا كان التصرف في صورة بذل مال أو عمل من المتصرف؛ فإنه لا يستحق التعويض عنه علىٰ المتصرف له -إلا في حالات نادرة- ومن هذه الحالات حالة رد الآبق، فيرجع فيه لا بعوض عمله بل بما حددته الآثار - وذلك أربعون درهمًا كما سبق.

وعلىٰ كلٍّ، فهو حين يُجيز الرجوع يشترط انتفاء قصد التبرع من المتصرف، ويستدل علىٰ هذا القصد بالتصريح به أو بدلالة العرف، مثل أن يرده مَن استعان به السيد، أو يرده من هو في عيال السيد.

٤ - الـدعـوى

٣١٩- الأصل عدم الولاية علىٰ التصرف، فيتحمل المتصرف، أو من يدعي صحة التصرف إثبات وجود سببه بالبينة.

والبينة في هذا كما تقضي القواعد العامة، شاهدان.

الفصل الرابع

المذهب الشافعي

الفرع الأول

التطبيقات

١ - أداء الواجب عن الغير

٣٢٠- المذهب الشافعي كالمذهب الحنفي، يجوز أن يؤدي الشخص ما وجب علىٰ غيره، ولكن المؤدي لا يملك إجبار الدائن علىٰ قَبول الاقتضاء منه، ولا يكون له أن يرجع علىٰ المؤدىٰ عنه بعد الأداء، وسواءٌ في هذا أن يقصد الرجوع أو لا يقصده؛ لأنه -كما تصرح النصوص- تبرع بالأداء ولم يكن مجبرًا عليه، ولا يمكنه أن يلزم غيره بدينٍ لم يلتزمه.

٣٢١- نصوص:

المهذب، ج١ ص٣٤٢:

وإن ضمن بغير إذنه وقضىٰ بغير إذنه، لم يرجع؛ لأنه **تبرع** بالقضاء، فلم يرجع.

التحفة، ج٥ ص٢٧٦:

ومن أدَّىٰ دينَ غيره بلا ضمان ولا إذن، فلا رجوع له عليه، **وإن قصده** لتبرعه.

مغني المحتاج، ج٣ ص٤٣٣:

ولو تبرَّع رجل بها [النفقة] عن زوج مُعسِر، **لم يلزمها القبول بل لها الفسخ**، كما لو كان لها دين علىٰ إنسان فتبرع غيره بقضائه، **لا يلزمه القبول**؛ لما فيه من المنَّة، وحكىٰ ابن كج وجهًا أنه لا خيارَ لها، **وبه أفتىٰ الغزالي**؛ لأنَّ المنَّة علىٰ الزوج لا عليها(١).

---

(١) الوجيز، ج١ص١٨٥، مغني المحتاج ج٢ ص٤١٠، الشربيني ج٢ ص٣٩، الشبراملسي ج٥ ص٢٠٣.

٢ - القيِّم الفعلي

٣٢٢- ملتقط اللقيط:

في المذهب التقاط اللقيط فرض كفاية، الأصل فيه قوله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

ومَن التقطه وكان أمينًا عليه، ملك كفالته، وحِفظَه وحِفظَ ماله، وكان هذا أيضًا واجبًا يلتزمه، فيلزمه أن يبذل في ذلك العناية المعتادة، وأن يرعىٰ مصلحته في كفالته، فلا يملك أن ينتقل به إلىٰ البادية وقد التقطه في الحضر، باعتبار أنَّ في ذلك نقله من رِقَّة العيش إلىٰ شَظَفِه.

وله ولاية الإنفاق عليه من ماله بعد استئذان الحاكم في النفقة إن أمكن استئذانه، فإن أنفق من ماله ولم يستأذن الحاكم، ضمن ما أنفقه من ماله.

وإن لم يمكن استئذان الحاكم، ففي المذهب قولان؛ أحدهما: أنه يضمن بإنفاقه عليه، والقول الثاني: أنه يملك الإنفاق عليه فلا يضمن، وعلَّلوه بالضرورة.

ومثل الإنفاق علىٰ اللقيط من ماله في الاختلاف، أن يُنفَق عليه من مال نفسه، فقيل: إنه لا يرجع بما يُنفقه ويفترض تبرعه، وقيل: بل يرجع، ويكون له ولاية أن يسلفه.

وعلىٰ كلٍّ، فحين يكون للملتقط السلطة علىٰ الإنفاق، فلا تؤسس هذه علىٰ الولاية الشرعية، بل إن السبب فيها ضرورة المتصرف له، ورعاية مصلحته.

٣٢٣- نصوص:

الشربيني، ج٢ ص٩٤:

وإذا وُجد لقيط فأخذه وتربيته وكفالته **فرض علىٰ الكفاية**؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًاۚ﴾ [المَائِدَة: ٣٢].

ولأنه آدمي محترم، فوجب حِفظُه، والأصل فيه قوله تعالىٰ: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحَجّ: ٧٧]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المَائِدَة: ٢].

وفي ص٩٥:

ولِلَّاقط نقلُه من بادية لقرية، ومنها البلد؛ لأنه أرفق به، لا نَقْلُه من قرية لبادية أو من بلد لقرية أو بادية؛ لخشونة عيشهما، وفوات العلم بالدين والصنعة فيهما وللَّاقط **استقلال بحفظ ماله** كحفظه، وإنما يمونه منه بإذن حاكم؛ **لأن ولاية المال لا تثبت لغير أب وجد** من الأقارب؛ فالأجنبي أولىٰ، فإن لم يوجد الحاكم أنفق عليه بإشهاد، فإن أنفق بدون ذلك، ضمن.

المهذب، ج١ ص٤٣٥:

ولا يجوز للملتقط أن ينفق عليه من ماله بغير إذن الحاكم، فإن أنفق عليه من غير إذنه ضمنه؛ لأنه لا ولاية له عليه إلَّا في الكفالة، فلم يملك الإنفاق بنفسه كالأم فإن لم يكن حاكم فأنفق من غير إشهاد، ضمن، وإن أَشهَدَ ففيه قولان؛ أحدهما: يضمن؛ لأنه لا **ولايةَ له عليه**، فضمن كما لو كان الحاكم موجودًا. والثاني: لا يضمن؛ **لأنه موضع ضرورة**.

الرملي، ج٥ ص٤٥٠:

فإن أنفق [الملتقط] بغير إذنه [القاضي]، ضمن، حيث أمكنت مراجعته.

الشبراملسي، الموضع ذاته:

قوله: «حيث أمكنت مراجعته»؛ أي إنْ سهل استئذانُه **بلا مشقَّةٍ ولا بَذْلِ مالٍ وإن قلَّ** قوله: «إلَّا بإذن القاضي قطعًا في الروضة و

أصلها وجه حكاه ابن كج؛ أنه **إن أنفق بغير إذنه لم يضمن**، ومقتضاه أنَّ إذْنَ القاضي ليس شرطًا.

الرملي، ج٤ ص٢١٨:

أمَّا **القرض الحكمي**؛ فلا يشترط فيه صيغة كإطعام جائع **وإنفاق علىٰ لقيط**.

٣٢٤- الكافل:

الأصل أن الولاية علىٰ الصغير والمجنون للأب، ثم الجد وإن علا، ثم وصي أحدهما، ثم القاضي، ولا ولاية لغيرهم.

غير أن المتأخرين من فقهاء الشافعية، تواترت فتاواهم علىٰ أنه إذا فُقد الولي من أب ووصي وقاض، أو كان غير أهل للولاية، فيجوز لغير الولي الشرعي من الأقارب أو الأجانب القيام بوظيفة الولي، فيحفظ ناقص الأهلية، ويكفله، ويعلِّمه، ويدربه ولو باستخدامه، وينفق عليه من مال له، ويتصرف في ماله بما فيه الحظ والمصلحة؛ من بيع وشراء، وتأجير واستئجار وإيداع، إلىٰ غير ذلك.

وعلىٰ العموم؛ يتولىٰ من شأن المكفول ما يتولاه الولي، ويمضي علىٰ المكفول من تصرفاته ما يمضي من تصرفات الولي.

وكل ما يُشترط أن يُبذل في الحفظ العناية المعتادة، وفي التصرف يجتهد بما فيه المصلحة والسداد.

وهذه الولاية سببها ضرورة حفظ ناقص الأهلية، ورعاية مصلحته في أمواله.

وتقول بعض النصوص: إن القيام بذلك فرض كفاية؛ إذا قام به البعض سقط عن الباقين.

٣٢٥- نصوص:

ابن الصلاح ورقة ٣٦/ب:

رجلٌ عنده صبي يتيم وليس **بولي من جهة الشرع ولا وصي**، ولليتيم مال، فلو سلَّمه إلىٰ ولي الأمر خاف علىٰ ضياع المال يجوز والحالة هذه الضرورية، **النظر في أمره والتصرف في ماله**، ويجوز له مخالطته في الأكل وغيره علىٰ ما هو الأصلح، ويجوز له من استخدامه ما فيه تخريج له وتدريب قاصدًا مصلحته.

وفي ورقة ٧٣/ ظ:

رجل توفي وخلَّف ابنين صغيرين وزوجة هي أُمُّهما، وذلك في بلد **يخاف علىٰ مالهما** من القاضي ومن يتولَّىٰ علىٰ الأيتام إن عرفوا به، فهل يجوز لأُمِّهما أن تدفع مالهما إلىٰ أخٍ لها من أهل الخير والصلاح يتصرف فيه **ويتَّجر لهما**؛ لئلا تأكله النفقة، مع أنه **لا وصيَّةَ لواحدٍ منهما** ولا لغيرهما؟ الجواب: يجوز ذلك للأخ الموصوف، **والحالة هذه ضرورة**؛ لفقدان الحاكم الأهل، وعدم من له الولاية شرعًا، وإذا ضاق الأمر اتَّسع. ومن نظائر ذلك، ما ذكر غيرُ واحدٍ من أصحابنا أنَّ وقوف المساجد في القرىٰ **يصرفها صلحاء أهل القرية في عمارة** المسجد ومصالحه؛ لعدم من له النظر.

ابن حجر، ج٣ ص٤١:

قال الجرجاني: ولو لم يوجد واحدٌ من الأولياء والحاكم، **وجب علىٰ المسلمين** النظر في مال الصبي والمجنون بالحفظ وغيره.

وفي ص٤٩:

صاحب التعجيز: فإن لم يوجد للصبي وليٌّ، أو وُجد حاكم جائرٌ، وجب علىٰ المسلمين النظر في ماله وحِفظِه. وفي المجموع: للأخ والعم ونحوهما تعليمُ الصبي وتأديبه والإنفاق عليه في ذلك من ماله، **وإن لم يكن لهم وصاية.**

وفي ص٥٠:

سئل ﷺ عمَّا في الأنوار عن فتاوىٰ ابن عبد الله، أن من مات عن يتيم ولا وصيَّ له ولا حاكم أمين، جاز للأمين من أقاربه بيع **ماله للمصلحة والغبطة**، هل هو معتمد؟ فأجاب: هو متجه؛ فقد أفتىٰ به ابن الصلاح، واستحسنه الأذرعي واعتمده غيره. وفي المجموع في الحج ما يؤيده، وحينئذٍ فللأمين المذكور النظر في أمره والتصرف في ماله بالمصلحة، ومخالطته بالأكل بما هو الأصلح له.

٣ - الفعل النافع

٣٢٦- من عمل لغيره عملًا يحتاجه هذا الغير أو لا يحتاجه، أو بذل في ذلك مالًا، لم يستحق الرجوع علىٰ ربِّ العمل بالعوض عن العمل أو المال؛ لأنّ ربَّ المال لم يلتزم العوض، ولا يلتزم الإنسان بشيءٍ لم يلتزمه، فلو أشرف إنسان علىٰ الهلاك بغرق أو حرق فأنقذه آخر أو أحدق بماله خطرُ الفوات أو النقص فحماه آخر؛ لم يستحقَّ عليه الرجوع بشيء.

وقد استثنوا من ذلك إطعام المضطر إذا لم يتَّسع الوقت للعقد معه، وتقدير قيمة الطعام؛ مثل أن يخشىٰ موته قبل التزامه، أو يكون عاجزا عن الالتزام؛ لغيبة عقلة، أو صِغَره، فإن للباذل أن يرجع عليه بعوض ما بذل. وقد علَّلوا ذلك بأن فيه حِفظَ الأنفُس من الهلاك، وحمل الناس علىٰ ذلك.

ويلاحظ أن بذل الطعام واجب علىٰ الباذل، فلا يمكن القول أنه اختار البذل، أو أنه تبرع به.

ويشترط للرجوع أن يقصده الباذل، ثم إن اختلفا في هذا القصد ولا بينة، فيُقبَل قولُ الباذل.

٣٢٧: نصوص:

١- المهذب، ج١ ص٤١١:

إذا عمل له عملًا من غير إذنه؛ بأن وجد له آبقًا فجاء به، أو ضالَّة فردَّها إليه، لم يستحق الجُعلَ؛ لأنه بذل منفعته من غير عوض، فلم يستحق العوض.

الرملي، ج٥ ص٤٧٦:

ويصدق بيمينه الجاعل، سواءٌ المالك أو غيره إذا أنكر شرط الجعل أو سَعْيَه؛ أي العامل في ردِّه . . . ؛ **لأن الأصل عدم الرد، والشرط**، وبراءة **ذِمَّته**.

ب - المجموع، ج٩ ص٤٦:

وحيث **أوجبنا** علىٰ المالك بَذْلَه للمضطر . . . ؛ ففي المذهب أنه لا يلزمه البذل إلَّا بعوض، وبهذا قطع الجمهور، وفرَّقوا بينه وبين ما إذا خلص مشرفًا علىٰ الهلاك بالوقوع في ماء أو نار؛ فإنه لا يثبت له أجرة المثل بلا خلاف؛ بأن هناك **يلزمه** التخليص، ولا يجوز تأخيرُه إلىٰ تقدير الأجرة، وهنا **بخلافه**.

مغني المحتاج، ج٤ ص٣٠٨:

والفرق بين [تخليص الغريق] وطعام المضطر، أنه في إطعام المضطر بذل مال، فلا يكلف بتركه بلا مقابل ولو أوجر المالك المضطر قهرًا، أو أوجره وهو مغمىٰ عليه، لزمه البذل؛ **لأنه غير متبرع بل يلزمه إطعامه** إبقاءً لمهجته، ولما فيه من التحريض علىٰ مثل **ذلك**.

شبراملسي، ج٤ ص٢١٨:

محل عدم اشتراط الصيغة في المضطر، وصوله إلىٰ حالة لا يقتدر معها علىٰ صيغة، وإلَّا فيُشترط وصدق الدافع في **القدر اللائق**.

التحفة، ج٥ ص١٨:

أو اختلفا [المضطر ومُطعِمُه] في نيَّته [الرجوع] صدق الدافع.

٤ - فداء الأسير

٣٢٨: وطبقًا لما قدَّمنا في التطبيق السابق، مَن استخلص أسيرًا من أيدي الحربيين بشراء أو فداء، أو استيهاب؛ فإنه لا يستحق الرجوع عليه بما بذل من المال في ذلك، ولا يعوض ما بذل من عمل. فإن كان بذل ما ذكر من غير أمر الأسير؛ سواءٌ كان خلاص الأسير ممكنًا بدون عمله وبذله أم كان غير ممكنٍ إلَّا به، فمنفعةُ المتصرِّف عنه لا تُبرِّر التصرفَ عنه تصرفًا يلزمه دينًا في ذِمَّتِه، لم يلتزمه.

٣٢٩- نصوص:

الأم، ج٤ ص١٦٥:

قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: وإذا دخل الرجل بلادَ الحرب فوجد في أيديهم أسيرًا، أو أسارىٰ رجالًا أو نساء من المسلمين فاشتراهم وأخرجهم من بلاد الحرب، فأراد أن يرجع عليهم بما أعطىٰ فيهم، لم يكن ذلك له، وكان متطوعًا بالشراء، وزائدًا أن اشترىٰ ما ليس يُباع من الأحرار. فإن كان بأمره اشتراهم رجع عليهم بما أعطىٰ فيهم من قِبل أنه أعطىٰ بأمرهم.

وفي ص٢٠٠:

[إن أراد الرجوع علىٰ الأسير] لم يكن ذلك له، وكان متطوعًا بالشراء، وكذلك قال بعض الناس [أبو حنيفة] ثم رجع فنقض قوله، فزعم أن رجلًا لو دخل بلاد الحرب وفي أيديهم عبدٌ لرجلٍ اشتراه بغير أمر الرجل ولا العبد، كان

له، إلَّا أن يشاء سيد العبد أن يعطيه ثمنه، وهذا خلاف قول الأول إذا زعم أن المشتري غير مأمور متطوع، لزمه أن يزعم أن هذا العبد لسيده، ولا يرجع علىٰ سيده بشيء من ثمنه، وهكذا نقول في العبد كما نقول في الحر، لا يختلفان، وإنما غلط فيه من قِبَل أنه زعم أن المشركين يملكون علىٰ المسلمين، وأنه اشتراه مالك من مالك، ويدخل عليه في هذا الموضع ألَّا يكون عليه ردُّه إلىٰ سيده؛ لأنه اشتراه مالكٌ من مالك.

٥ - استنقاذ مال الغير

٣٣٠- وطبقًا لما تقدم أيضًا، لو أنقذ مال غيره من خطر الهلاك أو الفوات المحدق به، لم يكن له أن يرجع عليه بشيء مما بذله في هذا السبيل، من جهد أو عمل. فمن فدىٰ عبد غيره الأسير، ولو كان فداه من يد حربي، أو فدىٰ ماله من يد لصٍّ أو غاصب، أو استنقذه من الغرق أو الحرق، لم يكن له أن يرجع بعوض عن عمله أو ماله علىٰ المنتفع، يستوي في هذا أن يقصد العمل للمالك أو لنفسه، ويستوي أن يقصد الرجوع علىٰ صاحب المال أو لا يقصده، ويستوي أن يتحقق الهلاك والفوات بعدم التصرف أو لا يتحقق.

فمنفعة المتصرف له لا تبرر التصرف عنه التصرف الذي يلزمه في ذمَّتِه دينًا لم يلتزمه. وإن كنَّا نلاحظ أن المتأخرين يميلون إلىٰ استحقاق الرجوع بما يبذله من مال لاستنقاذ المشرف علىٰ الهلاك، إذا لم يتمكن من استئذان رب المالك أو من يقوم مقامَه من وكيل أو حاكم، إذا أشهد علىٰ قصده الرجوع، فإن لم يشهد لم يستحق الرجوع وإن فقد الشهود؛ لأنَّ فَقْدَهم نادرٌ، والنادر لا حُكمَ له، فلو كان اتفق في مكانٍ فَقْدُ الشهود فيه غيرُ نادرٍ كالبرِّيَّة، فإنه يكفي نيته الرجوع، ولا يلزم الإشهاد.

ولكن هذه المنفعة تبرِّر له أن يحوزه ويضع يده عليه إذا كان استنقذه من يد حربي بقصد ردِّه إلىٰ ربه؛ لأنه استنقذه من يد غير ضامنه، فيكون له حُكمُها، أمَّا إن كان استنقذه من يد ضامنه كيد اللص أو الغاصب، وبصفة عامة من يد ضامنه؛ فإنَّ يده عليه تكون يد ضمان.

وقد اختُلف فيما إذا أخذه من يد صبي أو مجنون؛ خوفًا من هلاكه في أيديهم، فقيل: إنه لا يملك أخذه فيضمنه، وقيل: بل يملكه وتكون يده عليه يد ضمان، وهذا ما أخذ به المتأخرون.

٣٣١- نصوص:

أ- ابن حجر، ج٣ ص٣٧٣:

قال -في الحاوي-: إذا ترك دابَّةً أو بعيرًا في الصحراء؛ لعجزه عن السير، وعجز المالك عن حمله، أو القيام به، فمرَّ به رجلٌ فأحياه بالقيام عليه ومراعاته حتىٰ عاد إلىٰ حاله في السير والعمل

مذهب الشافعي ﷺ أنه علىٰ ملك تاركه، ولا **رجوع للمنفق** كما لو عالج عبدًا **أشفىٰ علىٰ الهلاك** حتىٰ برأ، أو أخرج متاعًا غرق في البحر.

وفي ج٤ ص٢٥٠:

سُئل عن شخص نزل عن دابَّتِه لإعيائها وتركها فأخذها غيره وأنفق عليها ...؟ فأجاب: هي باقية علىٰ ملك مالكها؛ إذ الإعراض لا يؤثر في مثل ذلك، ولا رجوع للمنفق؛ لأنه متبرع.

التحفة، ج٦ ص٣٢٨:

أعيىٰ بغيره فتركه فقام به غيره لا يملكه ولا يرجع بشيءٍ إلَّا إن استأذن الحاكم أو أشهد عند فقده أنه ينفق بنية الرجوع، أو نواه فقط عند فَقْدِ الشهوة؛ لأنَّ فَقْدَهم هنا غيرُ نادرٍ.

ب- مغني المحتاج، ج٤ ص٢٤٠:

وله [الأسير] عند خروجه أخذُ مال مسلم وجده عندهم [الحربيين] **ليردَّه عليه**، ولو أمنهم عليه، **ولا يضمنه** كما رجحه ابن المقري؛ لأنه لم يكن مضمونًا علىٰ الحربي الذي كان بيده بخلاف المغصوب إذا أخذه شخص من الغاصب؛ ليرده إلىٰ مالكه، فإنه **يضمنه**؛ لأنه كان مضمونًا علىٰ الغاصب فأُديم حكمه.

الزركشي، كلمة «ائتمان» ورقة ٣٣/ب:

لو انتزع المغصوب من الغاصب **ليرده** علىٰ مالكه فتلف عنده، يضمنه في الأصح، **بناءً علىٰ الأصح؛ أنه ليس للآحاد انتزاعه.**

ج- وفي كلمة «ضمان» ورقة ١٥٥/ظ:

لو أودعه صبيٌّ أو مجنون مالًا   فلو خاف ضياعه منه فأخذه خشيته [الضياع]؛ ففي نفي الضمان وجهان، **أصحُّهُما** المنع.

مغني المحتاج، ج٣ ص٨٠:

استُثني من تضمينه [مودع الصبي والمجنون]، ما لو خِيف هلاكُه فأخذه **حسبةً؛ صونًا له،** فإنه **لا يضمنه.**

٦ - رد الآبق

٣٣٢ - لم يأخذ المذهب الشافعي بالآثار الواردة في ردِّ الآبق بدون أمر مالكه، فجرىٰ فيه علىٰ القاعدة في عدم التصرف عن الغير بدون ولاية ولا وكالة، فمَن ردَّه لم يستحقَّ علىٰ مالكه شيئًا، لا عوضًا عن مال ولا عن عمل بذلهما في ردِّه.

والأصح في المذهب أيضًا، أنَّ مَن ردَّه تكون يده عليه قبل وصوله به إلىٰ المالك يد ضمان، فإذا تلف ولو من غير تفريط ولا تَعَدٍّ، ضمن.

٣٣٣- نصوص:

الأم، ج٣ ص٢٩١:

ولا جُعْلَ لأحدٍ جاء بآبقٍ ولا ضالة، إلَّا أن يكون جعل له، فيكون له ما جعل له، وسواءٌ في ذلك من يُعرَف بطلب الضوالِّ ومن لا يعرف به.

المهذب، ج١ ص٤١١:

ولا يستحق العامل الجعل إلَّا بإذن صاحب المال، فإذا عمل له عملًا من غير إذنه؛ بأن وجد له آبقًا فجاء به، أو ضالَّةً فردَّها إليه، لم يستحق الجعل؛ لأنه **بذل منفعته من غير عوض** فلم يستحق الجعل.

الرملي، ج٥ ص٤٦٤:

لو عمل أحدٌ بلا إذن، أو بإذنٍ من غير ذكر عوض، أو بعد الإذن لكنَّه لم يعلم به سواءٌ المعين وقاصد العوض، أو أذن لشخص فعمل غيره . . .؛ لأنه لم يلتزم عوضًا له فوقع عمله تبرعًا.

٧ - التقاط المال الضائع

٣٣٤- طبقًا لما تقدَّم، كان يجب أن يكون حكم التقاط مال الغير الضائع حُكمَ غيرِه من التصرفات، ولكن المذهب الشافعي أجاز أن يلتقط الشخص مالَ غيرِه ا لضائع ليحفظه علىٰ ربِّه؛ لورود النص بذلك من السُّنة.

و- في رأي المذهب- أخذ اللقطة إذا كانت مما يخاف عليه الهلاك والفوات بالترك، فرضُ كفاية؛ فمن دخل فيه لزمه الاستمرار فيه.

وحكم اللقطة في يد الملتقط حكم الأمانة، يجب أن يبذل في حفظها والسعي في الوصول بها إلىٰ ربها العناية المعتادة علىٰ ما نفصله.

٣٣٥- إذا كان حفظ اللقطة حتىٰ تمام سنة واحدة لا يحتاج إلىٰ مؤنة ولا نفقة، فإنه يعرفها إذا كان لها قدر وقيمة سنة كاملة. أمَّا إذا احتاج إلىٰ مؤنة فيخير الملتقط بين الإنفاق عليها من ماله، أو من كسب المال الملتقط حتىٰ ينتهي الحول، وبين أن يبيعها لحساب ربها، وبين أن يتملكها علىٰ أن يضمن قيمتها. ويراعىٰ في الاختيار مصلحة المالك وحظه.

وبين هذه التصرفات، البيع يحتاج فيه إلىٰ إذن الحاكم إذا وجد الحاكم وأمين علىٰ المال، أمَّا إن لم يوجد، أو خيف علىٰ المال منه أو شَقَّ الوصول إليه؛ مثل أن يستدعي الوصول إليه بذل مال، فإن الملتقط يستقل بالبيع، ويمضي البيع علىٰ المالك.

أمَّا غير البيع من التصرفات؛ فقد اختلف الفقهاء المتأخرون فيها، فرأىٰ بعضهم أنه يستقل بها دون حاجة إلىٰ استئذان الحاكم، ورأىٰ بعضهم أنه يحتاج إلىٰ إذن الحاكم فيكون الحكم كما تقدم في البيع.

٣٣٦- ويرجع الملتقط بما أنفق علىٰ اللقطة إن كان أنفق بإذن الحاكم، أما إن أنفق بدون إذنه فلا يرجع إلَّا لعدم وجود الحاكم، أو أن يشق الوصول إليه.

فيرجع بما بذله للتعريف إن كان قد أخذ اللقطة ليحفظها علىٰ ربها، يرجع بما بذله علىٰ المالك أو علىٰ بيت المال، أمَّا إن كان أخذها للتملك، فلا يرجع به علىٰ أحد؛ لأنه عمل لمصلحة نفسه.

٣٣٧- وإذا انتهىٰ حولُ التعريف، ولم يعرف صاحبها، فإن له أن يبيعها لحساب ربها، ويمضي البيع علىٰ ربها، فإذا حضر لم يكن له أن يرجع إلَّا علىٰ بائعها بالثمن.

وله أن يتملَّكها بقيمتها، فإذا جاء ربها، فإن له أن يتملَّكَها علىٰ الملتقط من جديد مجانًا، وله أن يضمنه قيمتها التي التزمها، فإذا ضمنه قيمتها فإنه يأخذ قيمتها عند تملُّكِ الملتقط لها، وإذا أخذها عينًا لم يكن له أن يرجع علىٰ الملتقط بزيادتها المنفصلة؛ لأنها حدثت علىٰ مِلك الملتقط.

وفي هذا التطبيق يرىٰ منفعة الغير تكون مبررًا للتصرف عنه بما يرجع إلىٰ الحفظ؛ سواءٌ كان التصرف قوليًّا أم فعليًّا، ومن ذلك أن يُنفق عليها ليرجع فيستحق الرجوع بما أنفق.

٣٣٨- نصوص:

أ- المهذب، ج١ ص٤٢٩:

وله أن يلتقطها للحفظ علىٰ صاحبها؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

الأم، ج٣ ص٢٨٧:

لا يجوز لأحدٍ تركُ لقطة وجدها إذا كان من أهل الأمانة، ولو وجدها فأخذها **ثم أراد تَرْكَها، لم يكن ذلك** له.

الزركشي، كلمة: «ائتمان» ورقة ٣٣/ ظ وب:

الائتمان قسمان؛ أحدهما: ائتمان بالمالك والثاني: ائتمان بالشرع ليس كائتمان المالك حتىٰ يجب عليه تصديقهم بل حكمه حكم الأمانات الشرعية، **يحتاج إلىٰ البينة فيما يدعونه** ومن كان أمينًا بائتمان المالك كالمودع أو بائتمان **واجبًا كان نائبه فيه بمنزلة وكيله، وولي من أقامه الشرع للنظر في مصالحه**؛ لضعفه، أو عجزه فأدَّىٰ هذا الواجب عن غيره، وقام **مقامَ تأديته هو بحُكم النيابة عنه شرعًا.**

التحفة، ج٦ ص٣٢٦:

ويفرق بين احتياجه لإذن الحاكم في البيع لا هنا [التملك وغرم الثمن] كما يصرح به كلامهم بأن البيع فيه رعاية مصلحة المالك، وهي مَنوطةٌ بنظَر الحاكم، والتملك المصلحة فيه الناجزة للملتقط فقط، فلم يتوقف علىٰ نظر الحاكم.

حاشية العبادي، الموضع ذاته:

عندي أنَّ هذا الذي فرق به لا يصلح للفرق؛ وذلك لأن مصلحة المالك مقدَّمةٌ علىٰ مصلحة الملتقط، وكلٌّ من الأمور الثلاثة قد يصير فيه مصلحة المالك، وقد يكون فيه خلافه، فكما احتيج في الأول إلىٰ نظر الحاكم، فليحتج في البقية إلىٰ نظره لذلك، وتحقق مصلحة ناجزة في بعضها للملتقط، لا يُنافي ذلك بل يؤكده؛ لأنه إذا نِيط بنظره ما لا حظَّ فيه لغير المالك، ففيما فيه حظٌّ لغيره حالًا أولىٰ.

ج[1]- الأم، ج٣ ص٢٩٠:

ومَن أخذ ضالَّةً فأنفق عليها، فهو متطوِّع بالنفقة لا يرجع علىٰ صاحبها

---

(١) سقطت الإشارة إلىٰ فقرة ب من الأصل. (الناشر).

بشيءٍ، وإن أراد أن يرجع علىٰ صاحبها بما أنفق فليذهب إلىٰ الحاكم حتىٰ يفرض لها نفقة، ويوكل غيره بأن يقبض لها تلك النفقة منه، وينفق عليها.

التحفة، ج٦ ص٣٢٧:

ولا يرجع بما أنفق إلَّا إذا أذن له الحاكم **إن أمكنت مراجعته**، وإلَّا كان خاف عليه أو علىٰ ماله -فيما يظهر- **أشهد** علىٰ أنه ينفق بنية الرجوع.

حاشية الشرقاوي، ج٢ ص١٧٣:

[المنفق] إن لم يجده [الحاكم] أشهد، فإن تعذر عليه الإشهاد فلا رجوعَ له؛ لأن تعذُّرَ ذلك نادرٌ، ويؤخذ من ذلك أنه لو كان بمفازة رجع وإن لم يشهد؛ لأن **تعذُّرَه حينئذٍ غيرُ نادر**.

التحفة، ج٦ ص٣٣٥:

«ولا يلزمه مؤنة التعريف إن أخذ للحفظ، بل يرتبها القاضي من بيت المال، أو يقترض علىٰ المالك» . . ، فإن عرف من غير واحد مما ذكر فمتبرع . . . ، وإن أخذ رشيد للتملك لزمته وإن لم يملك بعد؛ لأنَّ الحظ له في ظنِّه حالة التعريف، وقيل: إن لم يتملك فعلىٰ المالك.

فتاوىٰ الرملي، ج٣ ص١٠١:

أجرة المشرف علىٰ تعريفه [الملتقط غير الأمين] للقطة عليه [الملتقط] إن التقطها للتملك، وإن التقطها للحفظ فهي في بيت المال.

د- الأم، ج٣ ص٢٩٠:

وإذا باع الرجل اللقطة بعد السنة، فالبيع جائز، ويرجع ربُّ اللقطة علىٰ البائع بالثمن أو قيمتها، إن شاء قال [الربيع]: ليس له **إلَّا ما باع إذا كان باع بما يتغابن الناس بمثله**، فإن كان باع بما لا يتغابن الناس بمثله، فله ما نقص عمَّا يتغابن الناس بمثله.

التحفة، ج٦ ص٣١٨:

تملكها [اللقطة بعد التعريف] **اقتراض** من الشارع.

المهذب، ج١ ص٤٣١:

فإن كانت العين باقية [بعد التملك] فقال الملتقط: أنا أعطيك البدل، لم يجبر المالك علىٰ قَبوله؛ **لأنه يمكنه الرجوع إلىٰ عين ماله فلا يجبر علىٰ قَبول البدل** وإن حضر وقد باعها الملتقط وبينهما خيار، ففيه وجهان؛ أحدهما: يفسخ البيع والثاني: لا يجوز له أن يفسخ؛ **لأن الفسخ حق العاقد، فلا يجوز لغيره من غير إذنه**، وإن حضر وقد زادت العين إن كانت زيادة منفصلة، رجع فيها دون الزيادة؛ **لأنه فسخ ملك**، فاختلفت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة.

مغني المحتاج:

[إذا باعها الملتقط بالخيار] إذا كان الخيار للمشتري فقط، فلا رجوع له كالبائع، وكذا **لو تعلق بها حق رهن أو كتابة** [وإن تلفت] تعتبر يوم التملك **لها؛** لأنه يوم دخول العين في ضمانه، وقيل: يوم المطالبة بها.

٨ - تصرف ملتزم الحفظ

٣٣٩- ملتزم الحفظ بالعقد كالوديع والمستأجر، إذا تعرَّض مال الغير في يده للهلاك، وكانت نجاته بإتلاف بعضه، فإنه يملك ذلك، فإذا رأىٰ الوديع - مثلًا- الحيوان المأكول اللحم يهلك فذبحه، فإنه يجوز ولا يضمنه.

كما يجوز له أن يخرجه من يده إلىٰ يد غيره إذا تعرض في يده للهلاك؛ مثل أن يحترق بيته فيخرج منه الوديعة، أو يهاجم بمن يريد أخذ ماله فيدفعها لغيره.

كما يجوز له أن يخلص المال من خطر الفوات بجزء منه، فإذا خاف الوصي أو الضارب استيلاءَ الظالم علىٰ المال، وكان يمكنه أن يدفعه بشيءٍ منه، جاز له ذلك، ولم يضمن ما دفعه.

ولكنه لا يملك أن يتصرف تصرفًا يرتب به دينًا في ذِمَّة صاحب المال؛ فلا يملك المودع -مثلًا- أن ينفق علىٰ الوديعة ليرجع علىٰ ربها بالنفقة، إلَّا حيث لا يمكنه مراجعة الحاكم، فإذا أنفق وقد نوىٰ الرجوع وأشهد علىٰ نيَّتِه، جاز له أن يرجع بما أنفق فإن لم يُشهِد لم يكن له أن يرجع، ولو فقد الشهود أثناء الإنفاق إن كان في مكانٍ فَقْدُهم فيه نادر.

وظاهر النصوص، أن ملتزم الحفظ حين يملك التصرفات السابقة فإنه يملكها بالعقد، فإذا تركها وهلك المال بسبب تركها، فإنه يسأل مسئولية عقدية.

٣٤٠- نصوص:

المزني، ج٣ ص١٧٧:

وإن شرط [المودع] أن لا يخرجها من هذا الموضع فأخرجها من غير ضرورة، ضمن، **فإن كان ضرورة وأخرجها إلىٰ** حرز، لم يضمن. ولو قال المودع: أخرجتها لـمَّا غشيتني النار، فإن علم أنه كان في تلك الناحية نار فالقول قولُه مع يمينه.

التحفة، ج٧ ص١١٣:

قال الأذرعي عن بعض الأصحاب: لو رأىٰ أمين كوديع أو راعٍ مأكولًا تحت يده وقع في مهلكة فذبحه، جاز، وإن تركه حتىٰ مات، لم يضمنه، ثم قال: وفي عدم الضمان إذا أمكنه ذلك بلا كلفةٍ نظرٌ.

ابن عبد السلام، ج١ ص٧٩:

وكذلك [يجوز] **حفظ بعض الأموال بتفويت بعضها**؛ كتعييب أموال اليتامىٰ والمجانين والسفهاء، وأموال المصالح إذا خيف عليها الغصب؛ **فإنَّ حِفظَها قد صار بتعييبها**، فأشبه ما يفوت من ماليتها من أجور حارسيها وحانوتها، وقد فعل الخضر ﵇ مثل ذلك لما خاف علىٰ السفينة الغصب، فخرقها؛ ليزهد غاصبها في أخذها.

وفي ج٢ ص٥٠:

أن تكون السفينة ليتيمٍ يخاف عليها الوصي أن تغصب، وعلم الوصي أنه لو خرقها لزهد الغاصب عن غصبها، فإنه يلزمه خرقُها؛ حِفظًا للأكثر بتفويت الأقل، فإن حفظ الكثير بتفويت القليل من أحسن التصرفات، وقد قال تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

التحفة، ج٧ ص٩٧:

وإن خاف الوصي علىٰ المال من استيلاء ظالم، **فله تخليصه** بشيء منه، ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، قال الأذرعي: ومن هذا، لو

علم أنه لو لم يبذل شيء لقاضي سوءٍ لانتزع منه المال وسلمه لبعض خونته، وأدَّىٰ ذلك إلىٰ استئصاله، ويجب أن يتحرَّىٰ أقلَّ ما يمكن أن يرضىٰ به الظالم، والظاهر **تصديقه** إذا نازعه المحجور بعد رشده في بذل ذلك.

التحفة، ج٧ ص١١٧:

فإن أعطىٰ [الوديع] المالك علفًا علفها منه، وإلَّا فيراجعه أو وكيله، فإن فُقِدَا، فالحاكم يراجعه ليؤجرها وينفق عليها من أجرتها، فإن عجز اقترض علىٰ المالك حيث لا مال له حاضرٌ، أو باع بعضها بالمصلحة، والذي ينفقه علىٰ المالك هو الذي يحفظها من التعيب لا الذي **يسمنها**، ولو كانت سمينةً عند الإيداع، فالذي يتجه من وجهين فيه **أنه يجب** علفها بما يحفظ نقصها عن عيب ينقص قيمتها، ولو فقد الحاكم أنفق بنفسه، ثم إن أراد الرجوع أَشهَدَ إن أمكن، وإلَّا نوىٰ الرجوع، وحينئذٍ يرجع وينافيه ما في المساقاة أنه عند عدم الشهوة لا يرجع مطلقًا؛ لأنَّ فَقْدَهم [في المساقاة] نادر. وعلىٰ الأول يمكن الفرق بأن الوديع محسن فناسب التوسع عليه وعن أبي إسحاق: أنه **يجوز** له البيع، أو الإيجار، أو الاقتراض كالحاكم، وينبغي ترجيحُه عند تعذُّرِ الاتفاق عليها مطلقًا إلَّا بذلك.

فتاوىٰ الرملي، ج٣ ص٧-٩:

سئل عمن استأجر مركبًا ليسافر بها فغرقت المركب بما فيها دون من فيها وغرقت العدة فأخذها الناس علىٰ سبيل النهب والغارة، ولم يزل **المستأجر** يسعىٰ في إنقاذ المركب من قعر البحر وتخليص عدتها وصرف علىٰ ذلك مبلغًا له صورة بنية أنه يحسب ذلك مما لمالكها عليه من الأجرة، **وأَشهَد** علىٰ نفسه بذلك فأجاب بأنه لا يحسب له ذلك مما عليه، ولا رجوع له بشيء فطريقه في رجوعه به أن يرفع الأمر إلىٰ الحاكم، ويثبت الواقعة عنده ليأذن له في الإنفاق المذكور ليرجع به علىٰ مؤجرها، فإن لم يكن **هناك حاكم، أو عسر إثبات الواقعة عنده** فأنفق وأشهد علىٰ ما أنفق ليرجع به علىٰ المؤجر، رجع عليه به، ويجري في قَبول قوله التفصيلُ المذكور في قبول قول المودع.

٩ - الوصاية الاضطرارية

٣٤١- إذا مات شخص في بلدٍ لا وصيَّ له فيه، ولا مَن يلي مالَه وتركته، فإنه يجوز للأجنبي أن يحوز تركته؛ بل يجب إذا كان أمينًا عليها، وتكون في يده أمانة لها حكم الأمانات حتىٰ يوصلها إلىٰ الورثة.

والظاهر، أنه لا يجوز له ما وراء الحوز والنقل من التصرفات من البيع وغيره، ولا يستحق الرجوع عليها ولا علىٰ الورثة بأُجرةٍ لحفظها ونقلها.

٣٤٢- نصوص:

الرملي، ج٥ ص٤٧٧:

ولو كان رجلان ببادية فمرض أحدهما، أو يخشىٰ عليه، وعجز عن السير، وجب علىٰ الآخر المقام معه إلَّا أن يخاف علىٰ نفسه أو نحوها، فلا يلزمه، وإذا أقام معه فلا أُجرةَ له. فإن مات، وجب عليه أخذُ مالِه وإيصالُه إلىٰ ورثته إن كان ثقةً، ولا ضمان عليه إن لم يأخذه، وإن لم يكن ثقةً لم يجب عليه الأخذُ وإن جاز له، ولا يضمنه في الحالين.

١٠ - الخسارة البحرية

٣٤٣- إذا أشرفت السفينة علىٰ غرق، فإنه يجوز طرحُ ما فيها من الأمتعة أو الحيوان رجاءَ نجاتها.

فإن ألقىٰ أحدُ الركاب [متاعه][(١)] لتنجو بما فيها من الأمتعة الأخرىٰ، ونجت بسبب طرحه، لم يستحق الرجوع علىٰ أصحاب الأخرىٰ، لأنه -كما قالوا- أتلف ماله بنفسه، ولم يلتزم أصحاب الأموال الأخرىٰ والركاب ضمان ما أتلف.

وإن طرح الربان، أو أحد الركاب مالَ غيره، فإنه يضمنه وحدَه؛ تطبيقًا للقاعدة العامة للإتلاف.

٣٤٤- نصوص:

٣- الأم، ج٦ ص٧٥:

وإذا عرض لراكبي السفينة ما يخافون به التلف عليها، وعلىٰ من فيها وما فيها أو بعض ذلك، فألقىٰ أحدُهم بعض ما فيها رجاءَ أن تخفَّ فتَسلَم، فإن كان ما ألقىٰ مال نفسه، فمالُه أتلف فلا يعود بشيء منه علىٰ غيره، وإن كان بعض ما ألقىٰ لغيره، ضمنه دون أهل السفينة، فإن قال بعض أهل السفينة لرجل منهم: أَلْقِ

(١) إضافة لتوضيح السياق. (الناشر).

متاعَك، فألقاه، لم يضمن له شيئًا؛ لأنه هو ألقاه، وإن قال: ألق علىٰ أن أضمنه فألقاه، ضمنه. وإن قال: ألقه علىٰ أن أضمنه وركاب السفينة ضمنه دون ركاب السفينة؛ إلَّا أن يتطوعوا بضمانه معه[1].

---

(١) المهذب ج٢ ص١٩٥، الوجيز ج٢ ص١٩٥، مغني المحتاج ج٤ ص٩٣.

١١ - الإعتاق عن الغير

٣٤٥- لا يملك أحد أن يعتق عن غيره بغير إذنٍ منه ولا أمر؛ سواءٌ كان المعتق عنه حيًّا أم ميتًا، وسواء كان العتق عن واجب أم كان تطوعًا، فإذا أعتق عنه بغير إذنه لم يقع العتق عنه، فلا يسقط به الواجب عليه، ولا يكون له الولاء الواجب به.

ولم يبرر التصرف عن الغير هنا كونه نافعًا له نفعًا محضًا.

ويُستثنىٰ من ذلك، أن يعتق الوارث عنه من التركة؛ فإنه يملك ذلك، ويكون نائبًا عنه في ذلك شرعًا، فيسقط ما وجب عليه، ويكون الولاء له.

٣٤٦- نصوص:

مغني المحتاج، ج٣ ص٦٣:

ويؤدي الوارث عن [الميت] من التركة الواجب المالي؛ كالعتق، وإطعام، وكسوة في كفَّارة مرتبة . . .، ويكون الولاء للميت في العتق ويطعم ويكسو في المخيرة، والأصح أنه يعتق أيضًا في المخيرة كالمرتبة؛ لأنه نائبه شرعًا فإعتاقه كإعتاقه، والثاني قال: لا ضرورة هنا للعتق

والأصح أنه له الأداء من ماله إذا لم يكن تركه، سواء العتق أو غيره كقضاء الدين، والثاني: لا؛ لبعد [العبادة] عن النيابة، والثالث: يمنع الإعتاق فقط؛ لتعذر إثبات الولاء للميت والأصح أنه يقع عنه لو تبرع أجنبيٌّ بطعامٍ

أو كسوة كقضاء دينه لا إعتاق في الأصح؛ لاجتماع بعد العبادة عن النيابة وبعد الولاء عن الميت، والثاني يقع عنه كغيره[1].

---

(١) المهذب ج١ ص٤٦٤، فتح الوهاب ج٢ ص١٩، التحفة ج٧ ص٧٢، الرملي ج٦ ص٩٢.

١٢ - الدعوى عن الغير

٣٤٧- لا يجوز لشخص أن يدعي عن غيره، ولا أن يُقيم بينةً بحقٍّ له إلَّا بوكالة منه أو ولاية عليه، وسواءٌ في ذلك أن يخشىٰ فوت حق الغير بترك الدعوىٰ عنه أو إقامة البينة، أو يؤمن ذلك، وسواءٌ في هذا القريب والأجنبي.

وقد اختار السبكي من متأخِّري الشافعية فيما يفوت من الحقوق بترك الدعوىٰ، اختار أن ينصب القاضي عن الغير الذي لا يستطيع إقامةَ الدعوىٰ عن نفسه؛ لغيبته، أو عجزه، ينصب عنه وكيلًا يقوم بالدعوىٰ عنه، وهو في هذا يستمد الولاية علىٰ التصرف من القاضي الذي له الولاية في حفظ مال الغير، وكما ترىٰ فلا تزال المسألة في نطاق التصرف عن الغير بالوكالة والولاية.

٣٤٨- نصوص:

المهذب، ج٢ ص٣١٢:

وإن ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ رجلٍ دارًا وأقربها لغيره إن كان مع المدعىٰ عليه بينةٌ، أنها للغائب، فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعي وتسلم إليه، ولا يحكم ببينة المدعىٰ عليه، وإن كان معها يدٌ؛ لأن بينة صاحب اليد إنما يقضي بها إذا أقامها صاحب الملك أو وكيله له، والمدعىٰ عليه ليس بمالك ولا وكيل للمالك، فلم يحكم ببينته.

السبكي، ج١ ص٣٢١-٣٢٣:

حكىٰ المحاملي عن أبي إسحاق رَحِمَهُ اللهُ فيما إذا أفلس رجل وأراد

الحاكم قسمةَ مالِه بين غرمائه، فشهد شاهدان أن هذه العين لفلان الغائب؛ فإنه لا يحكم بهذه الشهادة، ولا يؤجر قسمة العين المشهود بها، بل تقسم بين الغرماء ولا يُلتفت إلىٰ البينة؛ لعدم حضور صاحبها، وتوقف ثبوت كونها له علىٰ دعواه، أو دعوىٰ وكيله. [وهذه المسألة] قد يُنكرها كثيرٌ من الناس، ولا سيَّما في نظائرها من التركات المختلفة، حيث يكون شهود يشهدون بأعيان منها لغائب. والإقدام علىٰ بيعها صعبٌ، وكنت أودُّ لو قيل بأن الحاكم ينصب عن الغائب من يدَّعي له ويسمع البينة ويحكم له؛ **فإن ذلك من باب الحفظ، وللحاكم أن يحفظ أموال الغائبين**، وهذا الطريق أسهل من أن يتصرف فيها بما يغلب علىٰ الظن ببطلانه؛ فأنا أستخير الله في ذلك، **واختاره** ... ثم إنهم قطعوا فيما إذا أقام المدعىٰ عليه ببينة، أنَّ العين التي في يده لغائب، وقلنا: إنها تُسمع؛ لانصراف الخصومة عنه، أنها لا تُسمع في حق الغائب؛ حتىٰ لا يُحكم له بها.

ج٢ ص٢٤١:

وحق الغائب، وهو المشهود به الأصل، لا يمكن ثبوته بغير دعواه أو دعوىٰ وكيله.

الفرع الثاني

الفكرة العامة

١ - التطور

٣٤٩- تغلب علىٰ المذهب الشافعي الصبغة النظرية وتحكيم المنطق الفقهي المجرَّد؛ ولهذا فقد كان أقلَّ احتفالًا بالحاجات العملية، وبقي أمينًا علىٰ قاعدة الأصل «أنَّ أحدًا لا يجوز تصرُّفُه عن غيره بدون ولاية ولا وكالة»، ومن ثَم فلم يهيئ مجالًا للمنفعة كمبرِّرٍ للتصرُّفِ عن الغير، وقد سبق أن رأيناه لا يهيئ مجالًا للضرورة كمبررٍ للتصرف عن الغير.

ومع ذلك -وعلىٰ سبيل الاستثناء- وجدت بعض التطبيقات التي تبرِّر فيها منفعةُ الغير التصرفَ عنه.

ومن هذه التطبيقات ما ورد به النص من السنة، ومنها ما ورد في كتب الفتاوىٰ ثم رددته بعدُ كتبُ الفروع. وهذه الفئة الأخيرة في جملتها كانت قضاءً للحاجات العملية التي واجهها المفتون مباشرة. وهذا يدل علىٰ إمكان تكاثر هذه الاستثناءات وتجدُّدِها بتجدُّد الحاجات العملية لو استمرَّ المذهب في النمو والتطور. ومن أمثلة هذه الفئة، تسليط الشخص علىٰ التصرف لمن يكفله من ناقص الأهلية، وكان المذهب الشافعي في أول عهده لا يتشجع علىٰ تسليطه علىٰ هذا التصرف باعتبار وجود مَن يقوم مقامَه، فقد كانت توجد في التنظيم الإداري الإسلامي وظيفة متولي الأيتام، وكان يتولَّاها القوي الأمين، ثم لاحظ الفقهاء فسادَ مَن يتولىٰ هذه الوظيفة، وعجزه عن القيام بها، فقضاءً للحاجة في المحافظة علىٰ أموال القاصرين من الضياع، أعطوا من يكفلهم ولايةً علىٰ أموالهم تُشبه ولاية الولي الشرعي.

وعلىٰ كلٍّ، فإنَّ المذهب بالنسبة لهذه الفئة من التصرفات، كان علىٰ وعي دائم بأنها مجرد استثناء، فكان لا يتوسع فيها، ومن ثَم فلم يسمح بالتصرف عن الغير إذا لم تقضِ به الضرورة فلم يسمح بالتصرف النافع نفعًا محضًا للغير، فاعتُبر دفع الضرر ولم يعتبر جلب المنفعة.

ومن هنا نقول: إن المذهب حتىٰ لو سار في طريق التطور الذي نُشير إليه، فسيكون أمامه طريق طويل حتىٰ يصل إلىٰ قاعدة عامة، تجعل المنفعة أساسًا للتصرف عن الغير.

٢- متى تبرر المنفعة التصرف

٣٥٠- تبرر منفعة الشخص تصرف غيره عنه في:

١- مسألة اللقطة، ومسألة اللقيط، وقد ورد بها النص الصحيح من السنة والآثار؛ فالملتقط فيهما يتصرف بالإذن الشرعي، وسلطة المتصرف قاصرة -بالنسبة للتصرف في المال- علىٰ تصرف يندفع به الضرورة. وإذا راجعنا ما سبق في الفرع الأول، نرىٰ بين هذه التصرفات التصرف القولي، والتصرف الفعلي.

ولم يأخذ المذهب الشافعي بالنص الوارد في رد الآبق: كما فعل المذهب الحنفي والمذهب الحنبلي، فبقي يحكم فيه القواعد العامة.

٢- تصرف ملتزم الحفظ بما يرجع إلىٰ الحفظ، مما لا يقضي به صريح العقد أو دلالته؛ مثل إيداعه المال لمن لم يعينه رب المال، ومثل إتلاف بعض المال لإنقاذ سائره، وقد كنَّا نقول في المذاهب الأخرىٰ أنه لا يمكن القول بأن هذا التصرف موجبٌ للعقد؛ لأن المتصرف لا يسأل بسبب تركه مسئولية عقدية، ولأنه في مذهب كالمذهب الحنفي لا يجوز التزام بعض هذه التصرفات بعقد الاستحفاظ، ولو اشترط صراحة(١).

أمَّا في المذهب الشافعي، فالأمر يختلف؛ إذ إن النصوص أحيانًا تصرح بأن هذه التصرفات واجبة علىٰ المتصرف، وأنه يسأل عن تركها، ولا معنىٰ لهذا

---

(١) مجمع الضمانات، ص٣٣.

إلَّا أن هذه التصرفات موجبات للعقد، وإذا صح هذا فالمتصرف مسلَّط عليها بالعقد، وإذًا فلا استثناء ولا خروج عن القاعدة العامة.

ولكن من بين هذه التصرفات النفقة إذا اقتضتها ضرورة بقاء المال، وترتيبها في ذمة رب المال. فهذه لا سبيلَ إلىٰ القول بأنَّ الولاية عليها موجبُ العقدِ؛ لأن المتصرف لا يكون له الولاية عليها إلَّا بإذنٍ جديد ممن يقوم مقامَ ربِّ المالك، وذلك الحاكم، فإنه لم يجده تصرَّفَ استقلالًا.

٣- كفالة من لا كافلَ له من الأولياء؛ إمَّا لعدمهم، أو لكونهم في حكم المعدمين؛ لعجزهم، أو عدم أمانتهم عليها، فيملك الشخص الأجنبي عن المكفول في هذه الحالة كفالته، ويتصرف له في حدود تصرف الولي الشرعي.

٤- بذل المالك طعامه للمضطر إليه، وترتيب قيمته في ذِمَّته، إذا لم يمكن التزام المضطر لها بالعقد.

وفي هذين التطبيقين لا أساسَ لولاية المتصرف علىٰ المتصرف لغيره إلَّا منفعة المتصرف له.

٣٥١- ثم فيما عدا هذه التطبيقات، يرىٰ المذهب الشافعي أن ليس لأحدٍ التصرفُ عن غيره بدون ولاية ولا وكالة مهما دعت إلىٰ ذلك ضرورة المتصرف له وحاجته، فمن أنقذ غيره من الغرق، أو فداه من الأسر، أو استنقذ ماله من الهلاك، فإنه لا يترتب بتصرفه هذا علىٰ المتصرف المنتفع عوضٌ عمَّا بذل من جهد أو مال، قاصدًا الرجوع به.

٣ - الأحـكـام

٣٥٢- عندما يجوز التصرف عن الغير كما في المستثنيات السابقة، تترتب الأحكام الآتية:

١- يمضي التصرف القولي علىٰ المتصرف له، فيلزمه حكمه، فتنتقل عنه ملكية العين بالبيع، وتنتقل إليه ملكية الثمن بالشراء، وتجب له الأجرة في الإيجار، وتجب عليه في الاستئجار وهكذا.

أمَّا الحقوق؛ فلو قِسناه علىٰ الولي الشرعي والوكيل، فإنها أيضًا تتعلَّق بالمتصرف له. ولكن هذا مالم تُفصح عنه النصوص.

٢- ويكون للمتصرف في وضع يده علىٰ مال الغير حكم يد الأمانة، فيلتزم في الحفظ عناية الرجل المعتاد، ولا يسأل عن غير التعدي والتفريط. ويسمي المال في يده حينئذٍ أمانة شرعية، والمذهب الشافعي يفرق أحيانًا بينها وبين الأمانة العقدية، ومن أهم الفروق فرقٌ يأخذ به بعض الفقهاء في هذا المذهب، وهو أنَّ الأمين الشرعي يتحمل عبء إثبات بَذْلِ العناية وعدم التعدي والتفريط.

كما أنه في الأمانة الشرعية لا يُقبل قوله في الرد علىٰ ربها، بل يُلزم بالبينة علىٰ ذلك، بخلاف أمانة العقد.

ويلتزم بتمكين ربها من استرجاعها، ولكن لا يلزمه فِعلُ الرد، فلا تجب عليه المؤنة في الرد، ولا يُسأل عن هلاكها قبله.

٣- يستحق المتصرف الرجوع بعوض ما بذله من مال فقط قضت بصرفه ضرورة حفظ مال الغير - في الأحوال المعينة المذكورة ويشترط الرجوع أن يقصد الرجوع، ولا يكفي في القصد القول النفسي؛ بل يجب التصريح به والإشهاد عليه. والظاهر أن الإشهاد هنا شرط شكلي وليس المطلوب مجرد الإثبات.

ويعفىٰ عن الإشهاد علىٰ القصد إذا كان التصرف في مكانٍ ليس عدم الشهود فيه نادرًا، وادَّعىٰ المتصرف عدمَهم وقتَه.

٤ - الدعوى والإثبات

٣٥٣- تحكيم القواعد العامة في المذهب الشافعي يقضي بأن علىٰ المتصرف إثبات وجود السبب في استحقاقه التصرف؛ لأن الأصل عدمه.

والإثبات بالبينة، وهي هنا: شاهدان، أو شاهد ويمين.

الفصل الخامس

مقارنة وتعقيب

الفرع الأول

مقارنة المذاهب الأربعة

٣٥٤- تمهيد:

سبق أن قلنا: إن فكرة المنفعة كمبرر للتصرف عن الغير، هي ما يقبل فكرة الفضالة في الفقه الحربي الحديث، وهذه الفكرة تنبت دائمًا في التربية العملية[(١)]؛ ولهذا رأينا المذاهب التي تحكمها الصبغة العملية تبرز فيها هذه الفكرة، **بينما تضمر في** المذاهب التي تسودها الصبغة النظرية أو -كما عبر بعض الفقهاء- «النغمة الأكاديمية»[(٢)] فبرزت هذه الفكرة في المذهب المالكي، وأخذ بها إلىٰ حد كبير المذهب الحنبلي، ولكن المذهبان: الحنفي والشافعي، استعصيا عليها، فلم يأخذا بها إلَّا علىٰ مجرَّد الاستثناء، ولكي تتم المقارنة بين المذاهب الأربعة في نظرتها إلىٰ هذه الفكرة، يجب أن تتم المقارنة أولًا من حيث وجود الفكرة كقاعدة عامة وكتطبيقات، ثم من حيث الأحكام التي تترتب عليها.

---

(١) في الصيغة العامة لمختلف المذاهب في الفقه الإسلامي، انظر: شفيق شحاته: النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، فقرة ٣٧.

Fitzgerald, Muhammadan Law, pp.13,14.

(٢) في القانون الروماني دخل نظام الفضالة (negotiorum gestio) عن طريق البريتور (prator) انظر: "Walton, Historical Introduction to the Roman Law, p.360"

١ - وجود الفكرة

أ- القاعدة العامة

٣٥٥- صاغ المذهب المالكي الفكرة في شكل قاعدة عامة، فنصَّ علىٰ أنه «إذا فعل الإنسان عن غيره ما شأنه أن يفعله مضىٰ فعله عليه».

وقد فسر الفعل الذي شأن الإنسان أن يفعله بنفسه، بأنه ما لا يكون للإنسان بُدٌّ منه، والفكرة التي استند إليها المذهب المالكي في تقرير هذه القاعدة، افتراض إذن المتصرف عنه للمتصرف، فالمتصرف في هذا بمنزلة المأذون له من صاحب الشأن إذنًا صريحًا بالتصرف.

وفي المذهب الحنبلي رأي أيضًا يقرِّر -كما توحي بذلك النصوص فيه- أن «كلَّ عمل تقتضيه حاجة الشخص للغير، أن يعمله عنه ولو بدون أمره» والفكرة التي يستند إليها هذا الرأي هي أيضًا افتراض إذن المتصرف عنه للمتصرف.

والفرق بين هذا الرأي في المذهب الحنبلي، وبين المذهب المالكي، أن الصفة المؤثرة في التصرف قيمتُه المادية في المذهب المالكي، بينما الصفة المؤثرة فيه تستنتج من ظروفه، ويمكن أن نقول: إنها صفة الاستعجال فيه، في المذهب الحنبلي.

وعلىٰ كل حال، فهذا الرأي في المذهب الحنبلي ليس هو المذهب؛ فالمذهب يقرر في هذا الشأن قاعدة تضيق عن القاعدة السابقة، فهو يقرر أنَّ كلَّ

عمل واجب علىٰ الشخص، أو تدعو إليه ضرورة إنقاذ ماله لغيره أن يقوم به عنه، ويمضي فعله عليه.

أمَّا المذهبان الحنفي والشافعي؛ فلم يقرِّرَا في هذا الشأن قاعدةً عامة، فبَقِيَا علىٰ حكم قاعدة الأصل؛ أن عمل الشخص إذا لم يكن وليًّا عن غيره بدون أمره، لا يمضي علىٰ هذا الغير.

ب- التطبيقات

٣٥٦- التطبيقات التي ورد بها النصوص:

من بين التطبيقات التي فيها يتصرف الشخص عن غيره، ويكون الدافع لتصرفه منفعة الغير: التقاط اللقيط، والتقاط اللقطة، ورد الآبق. وهذه التطبيقات ورد بها النص؛ فالمتصرف فيها يتصرف بالإذن الشرعي، والشرع أحيانًا ينظم تصرفه، ولكن المذاهب الفقهية تختلف في مدىٰ السلطة التي تعطىٰ للمتصرف فيها، متأثرة بالاتجاه العام فيها بالنسبة للتصرف عن الغير. ولو أخذنا رد الآبق والأمر الهام فيه ثبوت يد الأمانة، والرجوع علىٰ مالكه بعوض العمل علىٰ ردِّه، لرأينا المذاهب تفترق فيه علىٰ هذا النحو.

فالمذهب المالكي لا يأخذ بالنصوص التي تحدِّد العوض فيه، وإنما تطبيقًا للقاعدة العامة عنده في القيام بالفعل النافع عن الغير، تثبت لراده يد الأمانة عليه، وسلطة علىٰ إجراء التصرف الذي يقتضيه رده إلىٰ ربه، ثم يرجع علىٰ ربه بعوض عمله الذي يختلف باختلاف قيمة هذا العمل المادية.

والمذهب الشافعي أيضًا لا يأخذ بالنصوص فيه، ويتردد في إثبات يد الأمانة عليه للمتصرف، ولا يرىٰ أنَّ رادَّه يستحق عوضًا علىٰ مالكه ما دام لم يشترط هذا العوض.

والمذهب الحنبلي يأخذ بالنصوص علىٰ إطلاقها، فيثبت للراد يد الأمانة، ويحكم برجوعه علىٰ المالك بالجعل الذي حدَّده الشرع، مهما اختلف العمل في الرد، ومهما اختلف شخص الراد.

والمذهب الحنفي يأخذ بالنصوص، ولكن علىٰ وعيٍ بأنه يقرِّر بها حُكمًا استثنائيًا فيحاول أن يطبق عليه فيما عدا مورد النص القواعدَ العامة. فيفرق بين أن يرده مسافة السفر فيستحق الجعل كاملًا، وبين أن يرده دونه، فيستحق بنسبة عمله، ثم يفرق بين أن يردَّه مَن شأنُه أخذُ الجعل عليه كالأجنبي، فيستحق الجعل، وبين أن يرده من شأنه أن لا يأخذ علىٰ عمله عوضًا كمن في عيالة المالك فلا يستحق شيئًا.

والأمر نحو ما سبق في اللقطة واللقيط، وقد فصَّلنا الكلام عليها عند دراسة كل مذهب.

٣٥٧- قضاء الواجب عن الغير:

قضاء الواجب عن الغير فعلٌ نافع له، لا ضرورة عليه فيه، فكان من المحتمل أن تجمع المذاهب علىٰ أن للشخص سلطة علىٰ فعله؛ باعتبار أن لا حق للمقضي عنه في المعارضة؛ لأنه أمرٌ ينتفع به هو وغيره، ولا ضررَ عليه فيه فيكون إذنُه بالقضاء عنه مفروضًا، ولكن المذاهب اختلفت فيه. وإذا أخذنا مثالًا عرض علىٰ بساط البحث في وقت مبكر(١)، وذلك فداء الشخص من الأسر إذا قام به غيره، والشخص المأسور يجب عليه أن يفتدي نفسه ليتخلص من الأسر، إذا أخذنا هذا المثال نجد المذهب المالكي يقول بأن للشخص الأجنبي سلطة فداء غيره ولو بدون أمره، ويكون له أن يرجع عليه بمقدار ما فداه به إذا كان فداء مثله. ويطبق في هذا القاعدة العامة في العمل النافع للغير. وكذلك يرىٰ المذهب الحنبلي باعتبار أن الفادي قام عن غيره بواجب عليه، وللشخص أن يقوم

---

(١) انظر: الطبري: كتاب اختلاف الفقهاء، ص١٩٠، وقد جاء فيه أن الأوزاعي يذهب مذهب مالك كما يذهب الثوري مذهب الشافعي.

عن غيره بما وجب عليه. أمَّا المذهبان الحنفي والشافعي، فيريان عدم الرجوع، وعندهما من قضىٰ الواجب علىٰ غيره بدون أمره، لم يستحق الرجوع.

٣٥٨- التصرف الذي تدعو إليه الضرورة:

ومن بين التصرفات عن الغير، تصرفات تستدعيها الظروف، بحيث تتهدد الغير خسارة محققة بتركها، ومن الأمثلة في هذا: التركة يموت عنها الشخصُ في مكانٍ ليس يوجد فيه من يقوم عليها بالولاية الشرعية أو بالإذن من صاحب الشأن فيها، والمذاهب الأربعة علىٰ العموم تُجيز للشخص الأجنبي حيازتَها وحِفظَها، ولكنَّها تختلف في مدىٰ السلطة التي تمنحها له في هذا الشأن.

وتتسع هذه السلطة في المذهبين المالكي والحنبلي استجابةً للاتجاه العام فيهما. وفي المذهب الحنفي أيضًا؛ لأن هذا المذهب يحكِّم الضرورة في أغلب الأحوال، ففي هذه المذاهب يجوز للأجنبي حيازة التركة وإجراء التصرفات التي يقتضيها حفظها حتىٰ تصل موفورةً لمستحقِّيها، ولا يفرق في هذه التصرفات بين التصرفات القوليَّة أو الفعليَّة، فكلُّها تمضي علىٰ أرباب المال. أمَّا المذهب الشافعي؛ فإنها تضيق فيه حيث يبدو أنه لا يُجيز التصرف القولي فيها، وإنما يجيز فعل الحفظ والحيازة حتىٰ تصل لأربابها.

ومن الأمثلة في هذا، استنقاذ المال من الهلاك أو الفوات علىٰ ربه، وإن كنَّا نلاحظ أن المذهب الحنفي لم يَرَ استحقاق المنقذ للرجوع علىٰ رب المال بعوض ما بذل من جهد أو عمل، فلم يأخذ بحكم الضرورة في هذا. أمَّا في المذهب المالكي؛ فيرىٰ استحقاق الرجوع باعتباره عملًا نافعًا للغير، وكذلك يرىٰ المذهب الحنبلي؛ لأنه يضع قاعدة في هذا الشأن، أن للشخص الولاية علىٰ استنقاذ مال الغير المهدد بالفوات أو النقص، وله الرجوع عليه بعوض ما بذل في ذلك من جهد وعمل. أمَّا المذهب الشافعي فيرىٰ أن المنقذ لا يستحق الرجوع بعرض عمله أو بذله.

ومن الأمثلة في هذا: أن يجتمع للشخص العجز الشرعي والطبيعي عن التصرف لصالح نفسه كالصغير والمجنون، ولا يكون له من يتصرف عنه بالولاية الشرعية، فتدعو الضرورة إلىٰ قيام الشخص وإن لم يكن وليًّا شرعيًّا بالتصرف له بما يحفظ عليه مصلحته. وفي هذا المثال تُجمِع المذاهب علىٰ أن الشخص في هذه الحالة، يعطي سلطة التصرف عن الصغير والمجنون، بشرط أن يكون انتدب لذلك؛ بأن كان يقوم بكفالته، وإن كانت المذاهب تختلف في تحديد مدىٰ هذه السلطة علىٰ نحو ما فصَّلناه فيما سبق.

٣٥٩- التصرف النافع نفعًا محضًا:

ومن التصرفات تصرف نافع للمتصرف عنه نفعًا محضًا؛ كقَبول الهبة، أو قبضها عنه، وفي هذا التصرف كان من المحتمل أيضًا افتراض إذن المتصرف عنه، ما دام ينتفع بالتصرف ولا يتضرر، ولكن المذهبين الحنفي والشافعي لم يجيزاه إذا صدر بدون إذن المتصرف عنه من غير الولي عليه. أمَّا المذهبان المالكي والحنبلي؛ فأجازاه عند الحاجة في الغالب.

٢ - الأحكام

٣٦٠- التصرف القولي:

حين يجوز التصرف عن الغير، فإن التصرف القولي يمضي عليه، ويكون كأنه صدر منه أو من نائبه بالوكالة أو الولاية الشرعية، فيتعلق حكم التصرف به؛ كانتقال الملكية في العين أو المنفعة. ويلتزم بتنفيذ ما وجب بسببه من واجبات، في مواجهة المتصرف، ولكن هل يلتزم بها، ويجب له أيضًا في مواجهة المتصرف معه (الطرف الثالث)؟ هذا ما لا نستطيع استنتاجَه من النصوص، ويبدو أنه يمكن قياسه علىٰ مثيله في تصرف ذي السلطة علىٰ التصرف بالولاية الشرعية أو بالوكالة.

٣٦٠ م- العناية الواجبة في التصرف:

وكما في العقود التي يلتزم العاقد فيها ببذل عناية أيضًا، يضع الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه معيارًا ماديًّا لهذه العناية، فيرىٰ أن العناية الواجبة في إجراء التصرف هي العناية المعتادة لإجراء مثل هذا التصرف، فإذا أخل بها المتصرف لم يمض التصرف إن كان تصرفًا قوليًّا، وثبتت مسئوليته إن حدث الضرر بسبب إخلاله.

وفي الفقه الإسلامي يفترض في الغالب وجود هذه العناية، فمن يدَّعي الإخلال بها يطالَب بالإثبات.

٣٦١- الاستمرار في التصرف:

إذا اعتبر التصرف فروض الكفاية؛ فالغالب أن يلزم الفقه الإسلامي من دخل فيه بإتمامه كما هي القاعدة في الدخول في فروض الكفاية، أمَّا إن كان عملًا تبرعيًّا، فمن دخل فيه لا يلزم بإتمامه في المذاهب الحنفي والشافعي والحنبلي، أما في المذهب المالكي فيلزم بإتمامه طبقًا لقاعدة الالتزام في هذا المذهب.

٣٦٢- الرجوع بالعوض:

وإذا نتج عن التصرف الذي سلط عليه الغير أن بذل المتصرف جهده أو عمله واستفاد المتصرف له من هذا البذل؛ فإنه يجب للمتصرف الرجوع بعوض ما بذل في حدود ما استفاد الآخر في المذهبين المالكي والحنبلي. أمَّا في المذهب الشافعي؛ فيرجع بما بذل من المال ولا يرجع بأجرة العمل، والمذهب الحنفي يتردد في قَبول الرجوع بما بذل من المال أيضًا.

ويشترط للرجوع أنه يقصده الباذل. ويكفي في القصد القول النفسي، أو النية، في المذهبين المالكي والحنبلي في القول المختار.

أمَّا المذهب الشافعي؛ فيشترط التصريح بالقصد والإشهاد عليه إن كان في مكان يوجد فيه الشهود عادةً.

وفي كل المذاهب لا رجوع إذا قصد التبرع. وفي المذهب المالكي يفترض هذا القصد إذا كان التصرف عملًا، وكان المتصرف ليس شأنُه أخذَ العوض عن عمله.

وتتبع النصوص في المذهب المالكي يدل علىٰ أن الرجوع يكون في الذمة إن كانت الذمة هي التي استفادت من التصرف ما في قضاء الواجب، ويكون في العين إن كانت العين هي التي استفادت من التصرف كما في فداء المال، والنفقة علىٰ اللقطة.

وترتيبًا علىٰ ذلك، يكون للمتصرف حبسُ العين التي استفادت بالتصرف، ويتقدم بما وجب له علىٰ الغرماء، وإن هلكت هلكت بما وجب له.

أمَّا المذاهب الأخرىٰ؛ فليست واضحةً في هذا الشأن.

٣٦٣- أهلية المتصرف والمتصرف له:

بالنسبة للمتصرف له، لا يُشترط له أهليةٌ؛ ذلك أنه لا وجودَ للتصرف الإرادي من جهته حتىٰ تشترط أهليته، وإذا وجب عليه شيءٌ، فإنما يجب بحكم الشرع ابتداءً.

أمَّا بالنسبة للمتصرف؛ فإن كان يتصرف تصرفًا قوليًّا، فإنه لا يُشترط كمالُ أهليَّتِهِ في المذهب الحنفي؛ لأن التصرف يمضي علىٰ غيره، والأمر موضع شكٍّ بالنسبة للمذهب المالكي. أمَّا في المذهبين الشافعي والحنبلي؛ فالقاعدة العامة تقتضي أنه لا يصح التصرف القولي من غير كامل الأهلية.

وإن كان يتصرف تصرفًا فعليًّا، فليس للتصرف الفعلي حكمٌ من الصحة والفساد، ومن ثَم فلا تأثيرَ للأهلية أو عدمها في إجرائه.

وبالنسبة لالتزامات المتصرف؛ فإن القواعد العلمية في المذاهب المختلفة تقتضي اشتراط أهلية الالتزام فيه؛ لثبوتها عليه.

الفرع الثاني

مقارنة بالفقه العربي الحديث[1]

(١) فيما يتصل بالفقه العربي الحديث، اعتمدنا هنا بصفة خاصة علىٰ:
السنهوري، الوسيط، ج١ ص١٢٨.
الناهي، محاضرات عن القانون العراقي، ص٨٧ وما بعدها.

٣٦٤- تمهيد:

علمنا أنَّ المذهب المالكي يرىٰ أن المنفعة تُبرِّر التصرف عن الغير، وكذلك يأخذ رأيٌ في المذهب الحنبلي، وهذا يقابل نظرية الفضالة في الفقه العربي الحديث، فنقارن فكرة الفضالة في الفقه العربي بمثيلتها في الفقه الإسلامي مستخدمين لغة الفقه العربي الحديث في المقارنة.

١ - أساس الفضالة

٣٦٥- يأخذ المشرِّع المصري بالفضالة علىٰ أنها صورةٌ من صُوَر الإثراء بلا سبب[١]، وكذلك يأخذ بها المشرع السوري والليبي، وفي الفقه المصري يختلف الرأي بالنسبة للمصدر المباشر لالتزام الفضولي؛ فقيل: إنه القانون، وقد رتب الالتزام علىٰ العمل الإرادي الذي قام به الفضولي[٢] وقيل: إن المصدر المباشر هو هذا العمل الإرادي نفسُه[٣]

وتقنين الموجبات والعقود اللبناني وضع الفضالة تحت عنوان «الأعمال الصادرة عن فريق واحد».

ونصت المادة ١٤٨ منه علىٰ أن «المشيئة الواحدة عاجزة عن إنشاء علاقات إلزامية ما دامت لم تقترن بمشيئة أخرىٰ غيرَ أنه يجوز علىٰ وجهٍ استثنائي وفي أحوال محصورة، نصَّ عليها القانون أن تتولد الموجبات **عن مشيئة الفريق** الواحد؛ كعرض التعاقد، أو التعاقد لمصلحة الغير، **أو الفضول**».

---

(١) السنهوري، الوسيط ج١ فقرة- ٨١٦.

(٢) المرجع ذاته فقرة ٨٧٧ (بالهامش) والمذكرة التوضيحية للتقنين المصري، الأعمال التحضيرية ج٢ ص٤٧٣.

(٣) أبو ستيت، نظرية الالتزام، فقرة ٦١٧، ص٥٦٥-٥٦٦.

وواضح أنَّ المشرِّع اللبناني يأخذ بالفضالة علىٰ أنها عملٌ إرادي، وأنَّ الالتزام فيها مصدرُه التصرف القانوني بالإرادة المنفردة[1].

أما تقنين الالتزامات والعقود المراكشي؛ فقد وضعها تحت عنوان: (Des quasi contrats analogues au mandat) وتنص المادة ٩٣٤ منه علىٰ أن تصرف الفضولي يُنشئ علاقة قانونية مشابهة (analgue) للوكالة.

٣٦٦- وفي الفقه الإسلامي، الفضولي -بمعناه في الفقه العربي الحديث- حين يكون له أن يتصرف عن غيره، إنما يتصرف بالإذن الشرعي. بعبارة أخرىٰ، يتصرف بالولاية الشرعية، فمصدر الالتزامات الناشئة عن تصرفه -كما نختار- هو مثيله في تصرفات الولي الشرعي؛ أي الإرادة المنفردة للمتصرف، ومما يسهل قَبول هذه الفكرة، أن تصرف الفضولي كمصدر للالتزام، إنما هو في الفقه المالكي. وهذا الفقه -كما ندعي- يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام.

---

(١) المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود ج١ ص٨٣، جاء فيه: «الحقيقة -كما هو الرأي السائد اليوم- أن مصدر الالتزامات في الفضول هو مشيئة الفضولي وحدها».

٢ - وجود الفضالة

٣٦٧- النصوص:

تنص المادة ١٨٨ من التقنين المدني المصري، علىٰ أن: «الفضالة هي أن يتولىٰ شخص عن قصدٍ القيامَ بشأن عاجل لحساب شخصٍ آخَرَ دون أن يكون ملزمًا بذلك».

وتنص المادة ١٨٩ منه علىٰ أنه:

«تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء تولِّيه شأنًا لنفسه قد تولَّىٰ شأنَ غيرِه؛ لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيامُ بأحدِهما منفصلًا عن الآخَر».

وتنص المادة ١٤٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني علىٰ أنه:

١- يكون العمل فضوليًّا حين يقوم المرء من تلقاء نفسه بإدارة شؤون للغير عن علمٍ وبلا تفويض، بقصد العمل لحساب ذلك الغير.

٢- وإذا حدث أنَّ شخصًا أدار مصالح شخص آخر عن غير علم؛ لاعتقاده أنه يُدير مِلكَه الخاص، فالمسألة تكون حينئذٍ خاضعةً لأحكام الكسب بلا سببٍ، لا لأحكام الفضول».

وعلىٰ ضوء هذه النصوص تتحدَّد أركان الفضالة في التشريع العربي الحديث.

٣٦٨- صفة خاصة في التصرف:

اشترط المشرِّع المصري -وكذا السوري والليبي- في الفضولي، أن يقوم بشأنٍ عاجل لرب العمل، وهذا الشأن قد يكون تصرفًا قانونيًّا، أو يكون عملًا ماديًّا، وهو في الحالتين يجب أن يكون عاجلًا، والعجلة أحد عناصر الضرورة، فلا يكفي إذًا أن يكون ما يقوم به المتدخل في شئون الغير نافعًا.

فلا بد من توافر صفة الضرورة، وإن كان الفقه يفرق بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة من حيث تقدير الضرورة، فيتشدد بالنسبة للأولىٰ، ويتخفَّف بالنسبة للثانية.

أمَّا المشرِّع اللبناني؛ فيذكر أنَّ الفضالة تتم حين يُدير شخصٌ شئونَ الغير، ولا يشترط صراحةً أن يكون ما يقوم به الفضولي شأنًا عاجلًا، ولكنه يشترط أن يكون عملًا نافعًا بالنسبة للغير.

وفي الفقه الإسلامي -كما قدَّمنا- يعترف بالفضالة في المذهب المالكي، وفي رأيٍ في المذهب الحنبلي، وبالنسبة للأخير يمكن أن يستنتج من النصوص تحقق الضرورة في تصرف الفضولي؛ بأن تكون تستدعيه حاجة ربِّ العمل.

وفي المذهب المالكي بالنسبة للعمل المادي، الصفة المؤثرة فيه -كما قدمنا- قيمتُه المادية بالنسبة لرب العمل، فيُشترط أن يكون مما لا بد لربِّ العمل منه؛ كحرث الأرض، وسقي الزرع، وحفر البئر، والنفقة علىٰ الزوجة والولد(١).

فإن كان لرب العمل منه بُدٌّ؛ بأن كان يقوم به بنفسه، أو بمن تحت يده من أولادٍ أو عبيد، فإن من قام عنه بالعمل لا يستحق الرجوع عليه بشيءٍ، فلا يُشترط في العمل المادي أن تتحقق الضرورة فيه. أما بالنسبة للتصرف القولي؛ فيشترط تحقق الضرورة، ولا يكفي أن يكون نافعًا لرب العمل.

---

(١) الأمثلة من: التسولي ج٢ ص١٨٤.

٣٦٩- قصد العمل للغير:

وفي التشريع العربي: «... لا تقوم الفضالة إلَّا إذا انصرفت نية الفضولي، وهو يتولىٰ شأنًا لغيره إلىٰ أن يتولىٰ هذا الشأن لمصلحة رب العمل»، وهذا ما صرَّحت به المادة ١٨٨ من التقنين المصري والمادة ١/١٤٩ من التقنين اللبناني.

ولكن ليس من اللازم أن تتمخض نية العمل لمصلحة رب العمل؛ بل إن الفضالة تتحقق «ولو كان الفضولي في أثناء تولِّيه شأنًا لنفسه قد تولىٰ شأنَ غيرِه؛ لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلًا عن الآخَر»، وهذا يحدث عندما يدير الشريك العين المشاعة، أو حينما يُدير الوارث التركة لصالحه وصالح الوارثين الآخرين.

أمَّا إذا فُقدت هذه النِّية كما لو كان الفضولي يُدير شؤون الغير وهو يظن أنه يدير شؤونه الخاصة، فلا يرجع علىٰ الغير بدعوىٰ الفضالة، إنما يرجع بدعوىٰ الإثراء بلا سبب. وهذا ما نصَّت عليه المادة ٢/١٤٩ من التقنين اللبناني، والمادة ٩٥٦ من التقنين المراكشي، والمادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدي للتقنين المصري. وقد حذفت هذه المادة؛ استغناءً بالقواعد العامَّة لا إلغاء لحكمها.

وفي الفقه الإسلامي، حيث يعترف بالفضالة، يشترط أيضًا أن يقصد الفضولي العمل لمصلحة ربِّ العمل، أمَّا إذا لم يقصد مصلحة رب العمل، بل كان يعمل لظنِّه أنه يُدير شئون نفسِه؛ مثل أن يكون حائزًا لمال غيره بحُسن نِيَّةٍ، فيتصرف فيه باعتقاد أنه مِلكُه، فإن مركز هذا التصرف يختلف عن مركز الفضولي، فلا يشترط أن تدعو لتصرفه حاجة المال، ولا يشترط في هذا التصرف الذي يرجع بعوضٍ عنه، أن يكون مما لا بد لربِّ المال منه.

وكذلك حين يتصرف لمصلحة الغير، تدفعه إلىٰ التصرف رعايةُ مصلحتِه الذاتية كتصرُّفِ الشريك المشتاع، فقد قدمنا أنه يدخل تحت قاعدة «الضرورة»، وفي هذا أيضًا لا يُشترط أن يكون التصرف ضروريًا لربِّ العمل، ويرجع بالعوض عن العمل وإن كان المتصرف له منه بد.

علىٰ أنَّا نرىٰ بعض النصوص أحيانًا تطبق حُكمَ الفضالة علىٰ تصرف لا يقصد الفضولي فيه التصرف لرب العمل؛ كمثل مَن حرث أرض الغير يظن أنه يحرث أرض نفسه، ويمكن أن يحمل هذا علىٰ أنه تطبيق للمبدأ المعروف بأن العبرة بالواقع لا بما في ظن المكلَّف. وهو مبدأ تطبقه المذاهب الإسلامية المختلفة. الواقع أن الفضولي في هذا حين تصرف كان له الولاية علىٰ التصرف، والعبرة بوجود الولاية علىٰ التصرف. وعلىٰ هذا، فلا يكون هناك مانعٌ لمن يكون له دعوىٰ أخرىٰ أن يدَّعيَ علىٰ أساس الفضالة إذا توافرت شروطها، وإن لم يكن من بين هذه الشروط قصدُ التصرف لربِّ العمل.

٣٧٠- الفضولي يقوم بعمل غير ملتزم به:

لا تتم الفضالة حين يكون من قام بهذا العمل قد التزم به، فهو بقيامه به ينفذ التزامه السابق، وكذلك إن كان قد دعاه إليه ربُّ العمل؛ لأنه يتصرف حينئذٍ بالوكالة، وفي الفقه المصري لا يشترط أن يجهل رب العمل تصدِّي الفضولي للقيام بالعمل، وإن كان ذلك الغالب - تقول المذكرة التوضيحية المصرية: «والغالب أن يجهل ربُّ العمل تصدي الفضولي للقيام بهذا العمل، فإذا علم بذلك ولم يُفصِح عن موقفه منه من طريق المعارضة، أو الإقرار، بقيت لقواعد الفضالة ولايتُها، ووجب تطبيقُها»[1].

وفي التقنين المراكشي، تشترط المادة ٩٤٣ في الظاهر أن يكون الفضولي قام بالعمل في غياب ربِّ العمل، أو بدون علمه (en son absence ou a son insu).

ويشترط في التشريع العربي لتتم الفضالة، أن لا يكون الفضولي منهيًّا عن العمل، فإذا عارض ربُّ العمل هذا التصرف، فلا تُطبَّق قواعد الفضالة، وإنما تطبَّق قواعد الإثراء بلا سبب. «ما لم يكن الفضولي قد قام بقضاء حاجةٍ ملحَّة عامَّة اقتضاها وجودُ التزام فرضه القانون علىٰ رب العمل، أو أوجبت أداءَه مصلحةٌ عامَّة؛ كالالتزام بالنفقة، أو تجهيز الميت؛ ففي مثل هذه الحالة لا يجوز

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢ ص٤٧٠.

الاحتجاجُ بمعاوضة ربِّ العمل، وتظل أحكام الفضالة واجبة التطبيق رغم هذه المعارضة»[1]

وبالنسبة للفقه الإسلامي؛ فإن المذهب المالكي -وهو أكثر المذاهب الإسلاميَّة تسامحًا في اعتبار السكوت رضا- لا يقول بذلك في كلِّ حالة، فلا يمكن القول فيه إذًا أنه يُشترط لتقوم الفضالة أن يكون التصرف يجرىٰ بغير عِلم ربِّ العمل.

هذا من جهة، ومن جهة أخرىٰ: فإذا نهىٰ ربُّ العمل الفضولي عن التصرف ثم تصرف، فإنه يكون متعديًا، ويتحمَّل مسئولية تعدِّيه، ولا يكون له رجوعٌ بشيءٍ علىٰ ربِّ العمل وإن نشأ عن عمله فائدةٌ استفاد منها ربُّ العمل، ولا يأخذ الفقه الإسلامي بقاعدة الإثراء بلا سبب كما يأخذ بها الفقه العربي الحديث، ويمكن أن نستثنىٰ من معارضة رب العمل في الفقه الإسلامي ما استُثني في التشريع العربي، ويدل علىٰ هذا أنهم يُعلِّلون الرجوعَ بالعوض في أداء الواجب، أنَّ المؤدي يتصرف بالإذن الشرعي، وفي المذهب الحنبلي تصرح النصوص بأنَّ امتناع من وجبت عليه النفقة عنها لا يمنع المنفق من الرجوع عليه إذا أنفق؛ لأنه -كما قالوا- ربما يكون امتناعُه لقوَّة المنفِق ولضعف المنفَق عليه، فلو تُركت النفقة لَضاع الضعيف.

ويمكن أن يفسَّر هذا بأنَّ ربَّ العمل لا حقَّ له في المعارضة، فلا يعتبر بمعارضته.

---

(١) المذكرة التوضيحية المصرية -الأعمال التحضيرية ج١ ص٤٧٠-٤٧١، وتنص علىٰ هذا الاستثناء المادة ٩٣٨ من التقنين المراكشي، والمادة ١٦٠ من التقنين اللبناني وقد كانت المادة ٢/٢٦٣ من المشروع التمهيدي للتقنين المصري تنص عليه، ولكن هذه المادة حذفت بعلَّة أنها تتصدىٰ لجزئيات يدخل بعضها في نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة في مواد الإثراء بلا سبب. وانظر: السنهوري: الوسيط- فقرة ٨٧٥ (الهامش رقم ٣).

٣ - أحكام الفضالة

أ- التزامات الفضولي

٣٧١- استمراره في العمل:

إذا بدأ الفضولي العمل، فيجب عليه -في التشريعات العربية- أن يستمر فيه حتىٰ يتمكن ربُّ العمل من مباشرته بنفسه، «وقد أراد المشرِّع **بهذا الالتزام أن يمنع التدخل** في شؤون الغير عن خِفَّة واستهتار»[١].

وتنص المادة ٩٤٤/ من التقنين المراكشي علىٰ ثبوت هذا الالتزام، إذا كان التوقف عن المعنىٰ في العمل يضر برب العمل (interruption de la gestion est de nature a nuir au maître، si cette).

والمصدر المباشر لهذا الالتزام، كغيره من التزامات الفضولي كما تقول المذكرة التوضيحية المصرية-القانون، وإن كان الالتزام نشأ بمناسبة عمل إرادي[٢]، وقد قدَّمنا أنَّ التقنين اللبناني يصرِّح بأنَّ التزامات الفضولي تنشأ عن إرادته المنفردة.

---

(١) السنهوري: الوسيط، ج١ فقرة ٨٧٨.

(٢) المذكرة التوضيحية، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٤٧٣.

وفي الفقه الإسلامي يوجد هذا الالتزام إذا اعتبر الدخول في العمل فرضًا كفائيًّا، كالتقاط اللقيط، وأخذ اللقطة؛ لأن الفرض الكفائي يجب الاستمرار فيه بالدخول، أمَّا إذا لم يعتبر الدخول فيه فرضًا كفائيًّا، فالظاهر أن لا يوجد مثل هذا الالتزام، وإن كان هناك احتمالٌ بأنه يجب عليه الاستمرار فيه إذا كان الانقطاع عنه يضرُّ بربِّ العمل، علىٰ حد تعبير التقنين المراكشي، وهذا باستثناء المذهب المالكي؛ ففي هذا المذهب، وطبقًا لقاعدة الالتزام فيه، يمكن القول بوجود مثل هذا الالتزام.

وعلىٰ هذا، يكون مصدر هذا الالتزام الإرادة المنفردة للفضولي.

٣٧٢- إخطار الفضولي رب العمل بتدخله:

ويلتزم الفضولي أيضًا بأن يخطر رب العمل بتدخله متىٰ استطاع ذلك، كما تنص علىٰ ذلك المادة ٢/٢٩١ من التقنين المدني المصري، ولكن لا يلزمه في ذلك أن يبذل جهدًا غير معتاد؛ بل يطلب منه أن ينتهز أول فرصة معقولة تُتاح له حسَب الظروف التي تحيط به للقيام بهذا الإخطار.

ويبدو أنه لا وجود لمثل هذا الالتزام في الفقه الإسلامي.

٣٧٣- بذل العناية المعتادة:

ويلزم الفضولي أن يبذل في قيامه بالعمل عناية الشخص العادي، وهذا ما تنصُّ عليه المادة ١٩٢ من التقنين المدني المصري، وكذلك تنص المادة ٩٤٥ من التقنين المراكشي علىٰ وجوب بذل مثل هذه العناية (la diligence d' un bon pére de famille).

وكذلك المادة ١٦٠ من التقنين اللبناني: فالتزام الفضولي التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية، «ومعيار خطأ الفضولي هو كمعيار الخطأ العقدي، ويقاس علىٰ خطأ الوكيل إذا كان مأجورًا»[1] فكلُّ انحراف من الفضولي في القيام بعمله عن

(١) تنص المادة ٢/٧٠٤٥ من التقنين المصري علىٰ أن الوكالة «إن كانت بأجر وجب علىٰ الوكيل أن يبذل في تنفيذها دائمًا عناية الرجل المعتاد».

سلوك الرجل العادي «يعتبر خطأ يستتبع مسائلته»، ومع ذلك -كما تقول المادة ١٩٢/١ من التقنين المصري- يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب علىٰ هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرِّر ذلك.

وفي الفقه الإسلامي أيضًا، يلتزم الفضولي بعناية الرجل المعتاد. وفي التطبيقات والنصوص التي سبقت، أمثلةٌ كثيرة توضح هذا الإجمال، فإذا كان التصرف بيعًا وجب أن يكون نظرًا، وأن لا ينقص عن ثمن المثل، وإذا كان شراء وجب أن تتوفر الحاجة إليه، وأن لا يزيد عن ثمن المثل، وفي الحيازة والحفظ يعتبر المال في يده كمال المستأمن عليه بالعقد، وقد حمل هذا في الفقه الإسلامي اسم الأمانة الشرعية؛ تمييزًا له عن الأمانة العقدية، فلا يُسأل فيه عن غير التعدِّي والتفريط، أمَّا جزاء الخطأ في هذا، فهو جزاء مثيله في العقد.

٣٧٤- هذا، وتنص المادة ١٩٢/٢ و٣ علىٰ أنه:

«إذا عهد الفضولي إلىٰ غيره بكل العمل أو ببعضه، كان مسئولًا عن تصرفات نائبِه دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرةً علىٰ هذا النائب.

وإذا تعدَّد الفضوليون في القيام بعملٍ واحدٍ، كانوا متضامنين في المسئولية»، والفضولي حين يسأل عن خطأ نائبه يسأل عن خطئه، باعتباره تابعًا له، فهي مسئولية المتبوع عن التابع.

وتطبيق القواعد العامة في الفقه الإسلامي، يقضي بأنه إذا لم تمكن مساءلة الفضولي باعتباره مخطئًا شخصيًّا، فلا يمكن مساءلته باعتباره متبرعًا للمخطئ شخصيًّا.

كما أنَّ تطبيق هذه القواعد فيه يسمح برجوع ربِّ العمل مباشرةً علىٰ النائب المخطئ بدعوىٰ المسئولية عن الفعل الضار.

ولا يمكن القول بأنَّ الفقه الإسلامي يحكم بما تحكم به المادة المذكورة في شقها الأخير؛ فالفضولي يُسأل عن خطئه ولا يُسأل عن خطأ غيره؛ فهذا هو الأصل والقياس، ولا استثناءَ منه إلَّا بالنص، ولا وجودَ لمثل هذا النص.

٣٧٥- تقديم الفضولي حسابًا لربِّ العمل ورد ما استولىٰ عليه:

تنص المادة ١٩٣ من التقنين المدني المصري علىٰ أنه:

يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولىٰ عليه بسبب الفضالي، وتقديم حساب عمَّا قام به، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٤٦ من التقنين المراكشي، وتضيف بأنه يلتزم بكل الالتزامات الأخرىٰ التي تنشأ عن الوكالة الصريحة.

وتنص المادة ٧٠٦ من التقنين المصري بالنسبة لالتزام الوكيل بتقديم الحساب علىٰ أنه:

١- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه.

٢- وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضًا فوائد ما تبقىٰ في ذمَّته من حساب الوكالة وقت أن يعذر.

وتطبيق القواعد العامة في الفقه الإسلامي يمكن من القول أن الفقه الإسلامي أيضًا يأخذ بهذا الالتزام في أصله، فهو يلزم الفضولي بتقديم الحساب بما قام به، وأن يرد ما استولىٰ عليه بمناسبة عمل الفضالة، وأنه لا يجوز له أن يستخدم المال لصالح نفسه، وهناك احتمال بأنه إذا استعمل المال للتجارة أن يكون حكمُه حكمَ مَن أخذ المال للتنمية.

ب- التزامات رب العمل

٣٧٦- تنفيذ الالتزامات التي عقدها الفضولي:

تنص المادة ١٩٥ من التقنين المصري علىٰ أنه:

يعتبر الفضولي نائبًا عن رب العمل حتىٰ كان بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزمًا بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه.

وتطبيقًا لهذه المادة، إذا كان الفضولي قد عقد تصرفًا قانونيًّا بالنيابة عن ربِّ العمل، فإن العقد الذي أبرمه ينصرف أثره مباشرةً إلىٰ ربِّ العمل بالنسبة للحقوق التي أنشأها، والالتزامات التي رتَّبها؛ فيعتبر رب العمل هو الدائن في هذا أو المدين، وباعتباره مدينًا يلتزم مباشرةً في مواجهة الطرف الثاني في العقد بتنفيذ هذه الالتزامات.

وهذا ما تُصرح به المادة ٩٤٩ من التقنين المراكشي:

(tre est tenu diritement envers lesále m)

(obligations que le gérant a contractées pour con compte)

وعند بحثنا هذه المسألة في المذهب المالكي، قلنا: إن اسم العقد لا شك يتعلق برب العمل، هكذا تصرح النصوص، أمَّا حقوقه، وهي الالتزامات المترتبة به، فإن تعلقها برب العمل موضع شك؛ لأن النصوص لا تصرح بشيء في هذا الصدد، وإذا قِسنا ولاية الفضولي علىٰ التصرف علىٰ ولاية الوكيل أو الولي الشرعي، فيبدو لي أنها تتعلق به كما تتعلق في نفس الوقت بالفضولي، علىٰ تفصيلٍ ليس هذا محله.

٣٧٧- تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه:

موضع الالتزام السابق، حيث يعقد الفضولي العقد باسم رب العمل، أمَّا إذا عقدها باسمه شخصيًّا؛ كأن يستأجر من يحصد زرع رب العمل، أو يرمم بيته، فبسبب هذا العقد يترتب التزام في ذِمَّة الفضولي للذي حصد الزرع أو رَمَّم البيت، فيجب علىٰ رب العمل أن يعوض الفضولي عن هذا الالتزام.

وإذا أدَّىٰ الكفيل الذي كفل رب العمل فضالة؛ أي دون أن يؤمر بذلك أو ينهىٰ عنه إذا أدَّىٰ الدين، فإن رب العمل يلتزم بأن يعوضه عمَّا أدَّاه.

وفي الفقه الإسلامي أيضًا -حيث يعترف بالفضالة- يترتب مثل هذا الالتزام علىٰ رب العمل، فإذا أدىٰ مَن ضمن عنه بدون أمره، وجب عليه أن يعوضه عن المبلغ الذي أدَّاه في حدود الدين الأصلي، وإذا استأجر الفضولي من يعمل، وجب علىٰ رب العمل أن يؤدي الأجرة، والنصوص السابقة تصرِّح بهذا. ولكن حيث تختل شروط الفضالة كما لو كان الفضولي -في غير ضرورة- استأجر علىٰ عمل يعمله رب العمل بنفسه، أو بمن تحت يده مع وليِّه، أو غيرهم، لم يجب عليه أن يعوض الفضولي عن الأجرة التي دفعها؛ لأنه في هذه الحالة يعتبر متبرعًا، لأن رب العمل لم ينتفع في الحقيقة، باعتبار أنه لم تتوفر عليه قيمة مالية كان سيخسرها بدون تصرف الفضولي.

٣٧٨- رد النفقات الضارة والنافعة ودفع الأجر:

وتنص المادة ١٩٥ من التقنين المصري علىٰ أن رب العمل يكون ملزمًا بأن يرد للفضولي النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافًا إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن الفضولي لا يستحق أجرًا علىٰ أعماله، إلَّا أن يكون من أعمال مهنته.

فإذا قام الفضولي بترميم منزل وأنفق في ترميمه مصروفات ضرورية وإذا جنىٰ محصولًا فدفع أجر الأيدي العاملة لجَنْيِه، وإذا خزنه فدفع مصروفات التخزين، فكلُّ هذه المصروفات يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عنها.

أما إذا كان الفضولي قد بذل في العمل جهده لا ماله فإن المشرع المصري يفرق بين أن يكون العمل يدخل في أعمال مهنته الفضولي، كما لو كان الفضولي طبيبًا وعالج رب العمل، فإنه يرجع بأجر المثل، وبين أن لا يدخل العمل في أعمال مهنته، كما لو كان الفضولي طبيبًا قام بترميم بيت رب العمل؛ فإنه لا يستحق أجرًا علىٰ عمله، فالأصل -كما تقول المذكرة التوضيحية المصرية- «أن الفضولي لا يستحق أجرًا علىٰ عمله؛ إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمةٍ يؤدِّيها لرب العمل، إلَّا أنَّ هذه القرينة تسقط متىٰ كان ما قام الفضولي به من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أدَّاه يدخل في نطاق أعمال مهنته فعندئذٍ يُصبح من حقِّه أن يؤجر علىٰ هذا العمل»[1]

وفي الفقه الإسلامي، يلتزم رب العمل أن يعوض الفضولي عن النفقات التي أنفقها علىٰ نحو ما يأخذ بذلك الفقه العربي الحديث، ومع مراعاة ما ذكرناه بمناسبة الالتزام السابق.

أمَّا بالنسبة للعمل؛ فإنَّ المذهب المالكي يشترط لاستحقاق الشخص الرجوع بالعوض عنه، أن يكون شأنه أخذ الأجرة علىٰ مثله، وهذا قريب من الحكم الذي يأخذ به الفقه العربي، ويتَّفق الفقهان في عِلَّة الحكم؛ فهي أيضًا في الفقه المالكي افتراض التبرع فيمن ليس شأنه أخذ الأجرة علىٰ عمله، وافتراض قصد الرجوع فيمن يكون شأنه أخذ الأجرة علىٰ عمله.

أمَّا حيث يعترف بالفضالة في المذهب الحنبلي؛ فالظاهر عدم التفريق، والرجوع بأجر المثل في كل حال، إذا انتفىٰ قصد التبرع.

وفي الفقه الإسلامي علىٰ العموم، التزام رب العمل بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها، وعن النفقات التي أنفقها وعن العمل الذي بذله، مشروط بانتفاء قصد التبرع في جانب الفضولي، والنصوص في المذهب المالكي تصرِّح بأنَّ الأصل انتفاء قصد التبرع، أو -بعبارتهم- الأصل عدم الصِّلة.

---

(١) المذكرة التوضيحية: مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٤٨٣.

٣٧٩- تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحق به:

تنص المادة ١٩٥ من التقنين المصري أيضًا، علىٰ أنَّ رب العمل يكون ملزمًا بأن يعوض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، فإذا كان عمل الفضولي إطفاء حريق فأتلف بسبب ذلك متاعًا مملوكًا له، أو إنقاذ غريق فأصيب بضررٍ وهو يُنقذه، «فإذا كان الضرر الذي أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقَّاه ببذل المألوف من العناية، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه، فإنه يدخل ضمن التكاليف التي تجشمها أثناء القيام بعمله، ويكون من حقه أن يرجع علىٰ رب العمل يتعوض عنه»[1]

أما بالنسبة للفقه الإسلامي؛ فيبدو أنه لا محلَّ للقول بأنَّ علىٰ ربِّ العمل مثلَ هذا الالتزام.

---

(١) السنهوري: الوسيط ج١ فقرة: ٨٩٧.

٤ - النتيجة

٣٨٠- حاولنا فيما سبق أن نعقد المقارنة بين فكرة المنفعة، حيث يأخذ بها الفقه الإسلامي كمبرِّرٍ للتصرف عن الغير وبين فكرة الفضالة كما تظهر في الفقه العربي الحديث، وتعمَّدنا أن تقتصر المقارنة علىٰ المسائل الجوهرية. وبعد انتهاء المقارنة يسعنا أن نقول: إن وجوه الإنفاق بين الفكرتين أو بين الفقهين، تغطي وجوه الاختلاف إلىٰ حدٍّ يحملنا علىٰ أن نقول: إن الفقه الإسلامي -في مذاهب معينة منه- يعترف بالفضالة، كما تظهر في الفقه العربي الحديث.

الفرع الثالث

آراء الفقهاء المحدثين

٣٨١- رأي الأستاذ شفيق شحاتة:

عرض الأستاذ شفيق شحاته لفكرة الفضالة في الفقه الإسلامي في كتابه «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية» في الفقرات: ٢٥٠-٢٥٣ وقال في ذلك:

إذا عمل شخص لمصلحة آخَر في غيابه، فلا يكون له في الأصل -كما يقول الفقهاء- حقٌّ علىٰ الآخَر؛ لإثرائه علىٰ حسابه، إذ المفروض -كما يقولون- أنه متبرع. من ذلك، مَن دفع دين غيره بغير أمره، لا يرجع علىٰ المدين، وقد نصوا علىٰ أنَّ الدافع لا يرجع كذلك، ولو كان مأمورًا بالدفع إلَّا إذا كان الرجوع مشروطًا صراحةً في الأحوال التي لم يكن يصح فيها جبر المدين علىٰ الدفع.

ومن ذلك أيضًا، أنَّ الدائن المرتهن إذا قام بالصرف لحفظ الشيء المرهون، وكذلك المستأجر والمستعير لا يرجعون علىٰ المالك.

علىٰ أنه إذا انتفت نية التبرع، عاد الأمر إلىٰ نظرية الإثراء بلا سبب وأمكن الرجوع. وتنتفي هذه النية في الأحوال التي يكون الفضولي فيها مضطرًّا.

ويلاحَظ أنَّ الشرع قد جاء بتقدير تحكمي في حالة معينة، وهي حالة إرجاع العبد؛ فإن من يأتي بالعبد الآبق من مسافة ثلاثة أيام فأكثر سيرًا علىٰ الأقدام، له أربعون درهمًا، ولمن يأتي به من مسافة أقرب أقل من ذلك علىٰ أن القدر المستحق لا يمكن أن يتجاوز قيمة العبد ناقصةً درهمًا، ويلاحظ أن هذا القدر قد يسأل عنه الدائن المرتهن المالك إذا كان العبد مرهونًا[(١)]

---

(١) وقد استوحىٰ الأستاذ Bousquet رأي الأستاذ في الطبعة الثالثة من كتابه «موجز الشريعة الإسلامية»، بالرغم من أن هذا المؤلَّف دراسة للمذهب المالكي -بصفة أصلية- فإذ يتحدث المؤلف عن مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية يقول: وأما عمل الفضولي فيفترض فيه التبرع، فمن أدىٰ عن غيره -مثلًا- لا يكون له أن يرجع بعوض عمَّا أدَّاه علىٰ هذا الغير.

انظر أيضًا في نفس الرأي:

"Rousquet: prےcis de droit musulman, p.243"

"Arminjon et autres, Traité de droit comparé, p.509"

والواقع إذا صح هذا الحكم بالنسبة للمذهب الحنفي والشافعي، فلا يصح بالنسبة للمذهب المالكي ولا بالنسبة للمذهب الحنبلي أيضًا.

٣٨٢- ملاحظات:

١- موضوع هذه الدراسة المذهب الحنفي.

٢- جاءت ضمن الهيكل المؤقت الذي وصفه الأستاذ لنظرية الالتزامات بوجهٍ عام في الشريعة الإسلامية، فلم يمكن أن تذكر تفصيلات أكثر.

٣- بحث تطبيقات الفضالة من حيث الرجوعُ بعوض العمل خاصَّةً، لا من حيث مضىٰ تصرُّف الفضولي بوجهٍ عام علىٰ رب العمل.

٤- أطلق القول بأنه إذا انتفت نية التبرع، عاد الأمر إلىٰ نظرية الإثراء بلا سبب وأمكن الرجوع، وهذا يوهم أنه في كل حالة تنتفي نية التبرع يمكن الرجوع، والظاهر أن هذا غير مراد؛ لأنهم يصرحون بأنه حتىٰ لو صرح بقصد الرجوع، لم يغير ذلك من الأمر شيئًا.

٢٨٣- رأي الأستاذ السنهوري:

عرض الأستاذ السنهوري لفقرة الفضالة في الشريعة الإسلامية في كتاب «الوسيط» أولًا، ثم في كتابه «مصادر الحق في الفقه الإسلامي».

جاء في الوسيط الجزء الأول فقرة: ٤٤٧:

«لا يعترف الفقه الإسلامي بعمل الفضولي مصدرًا للالتزام، ويعتبر الفضولي متبرعًا لا يرجع بشيء علىٰ رب العمل».

وجاء في مصادر الحق الجزء الأول ص٥٩ تحت عنوان: «الفضالة»: والفضولي متبرع إذا هو لم يكن مضطرًّا إلىٰ العمل الذي قام به، فلا يرجع بشيءٍ علىٰ رب العمل، فلو كان للمدين الغائب مالٌ في يد أجنبي فأنفق الأجنبي علىٰ أبوَيِ الغائب بغير إذن القاضي، ضمن، وإذا ضمن لا يرجع علىٰ القابض. والمديون إذا أنفق علىٰ ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لا يبرأ من الدين، ولا يرجع بما أنفق علىٰ من أنفق عليه. ولو قضىٰ دين غيره بغير أمره، جاز، فلو انتقص ذلك بوجه من الوجه، يعود إلىٰ ملك القاضي؛ لأنه تطوع بقضاء الدين، ولو قضىٰ بأمره يعود إلىٰ ملك من عليه الدين، وعليه للقاضي مثلها.

٣٨٤- ملاحظات:

١- مع أن الاسناد وقع للفقه الإسلامي، فواضح أن المقصود الفقه الحنفي، بدلالة التطبيقات المذكورة، وبدلالة الاستناد إلىٰ مراجع من المؤلفات الفقهية الحنفية[١].

٢- تعرض للفكرة بصورة مجملة، فلم يكن في المجال متَّسع لذِكر التفصيلات.

٣- عرض لفكرة الفضالة من حيث ولاية الفضولي علىٰ الرجوع علىٰ رب العمل، لا من حيث ولايتُه علىٰ التصرف بوجهٍ عام عن رب العمل.

٣٨٥- رأي الأستاذ صبحي المحمصاني:

أ- في المذهب الحنفي:

تحت عنوان المستثنيات من الإجازة: الإذن دلالة[٢] عرض الأستاذ المحمصاني في كتابه «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» لبعض التطبيقات التي يمضي فيها تصرف الشخص علىٰ غيره بدون ولاية ولا وكالة، فقال: «في كتب الفقه أمثلة عديدة من الأحوال التي يجوز فيها للمرء أن يتصرف في ملك غيره بدون إذنه أو بدون ولاية عليه، ويكون تصرُّفُه فيها صحيحًا بلا إجازة، خلافًا للقاعدة العامة، ونحن نورد من الكتب الحنفية أهم هذه المستثنيات:

ويذكر من هذه المستثنيات:

١- يجوز للوالد أو الولد أن يشتري من مال المريض ما يحتاج إليه هذا بغيره إذنه.

٢- يجوز إنفاق الوديع من مال الوديعة علىٰ أبوي المودع إذا كان غائبًا ولم يمكن استطلاع رأي القاضي.

---

(١) السنهوري: الوسيط ج١ فقرة ٧٤٤ (بالهامش رقم ٢).

(٢) المحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ص٧٦-٧٨.

٣- يجوز تولي رُفقة السفر النفقة علىٰ أحدهم من ماله إذا مرض، وتولي تركته إذا مات، ولو بدون إذنه أو إذن الورثة.

٤- يجوز بيع الوالد مال ابنه البالغ الرشيد إذا كان منقولًا وباعه لنفقته في غيبة الابن.

٥- يجوز إنفاق الورثة الكبار علىٰ الصغار من أموال هؤلاء إذا لم يكن لهم وصي.

٦- لو هيأ أحد شيئًا ووضعه بصورة يفهم منها سبب التهيئة، جاز للأجنبي إجراء العمل المقصود من ذلك؛ مثل: أن يعد القصاب شاة ويشدها للذبح فيذبحها أجنبي.

ويختم الكلام بقوله:

«في المذهب الحنفي جاءت هذه المستثنيات مخالفةً للقياس، وأجيزت من باب الاستحسان وتفسيرها علىٰ الجملة يعود علىٰ ضابط واحد، وهو أنَّ إذن صاحب الحق يعتبر فيها موجودًا دلالة. أو بعبارة أخرىٰ، يعتبر الإذن ضمنيًا؛ فرفقة السفر إذا مرض أحدُهم وأنفقوا عليه من ماله مأذونون دلالة بحكم صحبة السفر بأن يفعلوا ذلك، ومثلهم الأجنبي الذي يرىٰ الشاة مشدودةً ومهيَّأةً للذبح، مأذون بذبحها دلالة من طرف القصاب، وقِسْ علىٰ هذا باقي الأمثلة.

وفائدة هذا التفسير، أن جميع أحكام الفضولي في النظرية الثانية السائدة في الشريعة الإسلامية [نظرية التوقف علىٰ الإجازة]، تصبح مجموعة تحت قاعدة واحدة، وهي أنه لا يجوز لأحدٍ أن يتصرف في حق أحدٍ إلَّا بإذنه، أو بإذن الشرع.

والإذن سواءٌ أكان من صاحب الحق أم من قِبل الشرع، وسواءٌ أكان سابقًا كما في الوكالة أم لاحقًا كما في إجازة عمل الفضولي، وسواء أخيرًا أكان صريحًا كما في الوكالة والإجازة، **أم مستنتَجًا بالدلالة** كما في المستثنيات التي يصح بها عمل الفضولي بدون إجازة، **هذا الإذن**، مهما كان نوعه هو **وحده الذي يُجيز التصرف في حق الغير**، وما دون ذلك فهو لا يصح ولا يمكن في الأصل أن يكون سببًا لأي حكم شرعي نافذ».

٣٨٦- ملاحظات:

١- هذه المستثنيات سبق ذِكرُها غالبًا في هذا البحث عند دراسة تطبيقات فكرة المنفعة في المذهب الحنفي.

٢- في هذه المستثنيات التصرف الفعلي والتصرف القولي، وكلها صدر من غير الولي والوكيل، ومع ذلك مضىٰ علىٰ رب العمل.

٣- مع أن المؤلف قد ابتدأ بوصفها بأنها تصرفات من غير إذن المتصرف عنه ولا ولاية عليه، وأنها استثناءات تخرج علىٰ القاعدة العامة؛ فقد اختار بعد ذلك تأسيسها علىٰ الإذن الضمني، مما يفهم منه أنها تدخل ضمن القاعدة العامة.

ومع أن الفقهاء الأحناف أنفسَهم يعلِّلون بعض هذه الاستثناءات بوجود الإذن دلالة، ومع أن في بعضها يمكن استنتاج الإذن بها من المتصرف عنه، إلَّا أن هناك تطبيقات كثيرة لا يمكن فيها استنتاج الإذن، كما أن تعليلهم بوجود الإذن دلالة لا يقصد به -فيما يبدو- تأسيسها علىٰ الإذن من رب العمل، وأن الإذن هو العلة الفنية لها، وإنما يقصد به مجرد التبرير. وقد فسَّرنا هذه التطبيقات وأشباهها فيما سبق بأنها تطبيقات اعتبر المذهب الحنفي فيها منفعة الشخص سببًا لصحة التصرف عنه وإن صدر من غير ولي له ولا وكيل.

غاية ما في الأمر، أن المذهب الحنفي لم يعتبر هذه السببية قاعدة عامة، واقتصر علىٰ تطبيقات معينة.

٣٨٧- ب- في المذهب المالكي:

وتحت عنوان: «نظرية المنفعة» من باب «الفضولي والتصرف بمال الغير» من كتابه المذكور، وبعد أن استعرض بإجمال لنظرية المنفعة، ويعني بها نظرية الفضالة في الفقه العربي، وقانون الموجبات والعقود اللبناني، قال:

«إن الرأي الإسلامي **السائد** في مسألة الفضولي، يأخذ بالنظرية الثانية [نظرية التوقف علىٰ الإجازة]، ويرفض الالتزام عند عدم الإجازة من طرف صاحب الحق، إلَّا في بعض المستثنيات التي تستند إلىٰ الضرورة أو إلىٰ تعليل

الإذن الضمني وبالرغم من الرأي السائد هذا، فقد كان من الفقهاء المسلمين من قال **بنظرية** تقرب كثيرًا من النظرية الثالثة [نظرية المنفعة أو الفضالة] **إن لم تكن هي بعينها**. فعند الإمام مالك -خلافًا للشافعي وأبي حنيفة- مَن أدَّىٰ عن غيره دينًا بغير إذنه، لا يعتبر متبرعًا؛ بل له حق الرجوع علىٰ المدين بما أدَّاه عنه».

٣٨٨- ملاحظات:

١- يرىٰ أن المذهب المالكي يقول بنظرية تقرب من نظرية الفضالة في الفقه الغربي، أو هي بعينها، وهذا يتفق مع ما تقدم عن الموضوع في هذا البحث.

٢- ذكر في المذهب المالكي تطبيق أداء الدين فقط، ولم يذكر الفعل النافع بوجهٍ عام علىٰ نحو ما تقدم.

٣- أطلق الكلام بأن من أدىٰ دينًا عن غيره لا يعتبر متبرعًا، وهو في هذا الإطلاق يتفق مع ما تقدم في هذا البحث. وقد ناقش الأستاذ صلاح الدين الناهي[1] هذا الإطلاق بقوله: «هذا الاستنتاج المطلق الذي ذهب إليه الأستاذ المحمصاني، لا نسلم به دون احتكام إلىٰ نصوص من فقه المالكية أنفسهم، فإن التسليم به معناه أن المذهب المالكي يصدر في الفضالة عن تعويض الفضولي مبدأ عامًا، ويجعل الفضالة مصدرًا عامًّا لالتزام رب العمل بالتعويض والفضولي فيه التبرع، وكل هذه النتائج لا تحتملها نصوص المالكية؛ فإن المدقق فيها يجد أن مذهب المالكية توسع في نفي افتراض التبرع، ولكن لم يلغ هذا الافتراض نفيًا، ويظهر هذا من النظر إلىٰ ما جاء في صدد الفضولي الذي ينفق علىٰ ولد رجل غائب؛ خوف ضيعتهم، فقد فرقوا فيه بين كون الغائب موسرًا وبين كونه معسرًا، وبين كون ولد الغائب أو اليتيم لهم مال أو ليس لهم مال، فلم يجعلوا للفضولي

---

(١) المرجع ذاته ص٨١.

الرجوع بالنفقة [إلا][1] إذا كان يعلم بأن الغائب موسر أو أن لليتيم مالًا».

ونحن نرىٰ التزام ما اعترض به الأستاذ الناهي، وما تقدم في هذا البحث يدل علىٰ أن نصوص المالكية تحتمل النتائج التي أشار إليها.

٣٨٩- ج - في المذهب الحنبلي:

ذكر الأستاذ المحمصاني بعد كلامه السابق ما يأتي[2]:

«وكذلك ابن القيم الجوزية الفقيه الحنبلي المجدد بحث في هذه المسألة بدون جمود ولا تقليد، وتوصل إلىٰ نتيجة قيمة ملائمة لروح الشريعة الحقيقية، ونحن نوجزها بتصرف نقلًا عن كتابه الشهير (أعلام الموقعين) عن رب العالمين».

وقد اقتبس من كلام ابن القيم ذكره أنَّ مَن أدَّىٰ عن غيره واجبًا، أنه يرجع عليه به؛ عملًا بالكتاب والسنة، وأنه بأدائه عنه يكون نائبه فيه بمنزلة وكيله، ثم قال:

«وقد توسَّع ابن القيم الجوزية في ذلك، وطبَّق هذا المبدأ علىٰ من عمل في مال غيره عملًا بغير إذنه حفظًا لمال المالك، واحترازًا له من الضياع، فإنَّ من يعمل ذلك، يرجع علىٰ المالك بأجرة عمله، وبما خسره من النفقات، وأنَّ له هذا ولو بدون وكالة سابقة، أو إجازة لاحقة».

ثم نقل عن ابن القيم ما ذكره عن الإمام أحمد من تطبيقات علىٰ هذا المبدأ، ثم قال:

«فإذن، إذا كان في عمل الفضولي **منفعة** لصاحب المال، بالمحافظة علىٰ ماله وبالاحتراز له من الضياع، كان هذا العمل **ملزمًا للمالك**، ولو لم يجز

---

(١) ليس في الأصل حرف الاستثناء المزيد، وقد سقط فيما يبدو تطبيقًا، وربما كان الأصل: إذا كان لا يعلم فالكلام لا يستقيم بدون زيادة إلا الاستثنائية أو لا النافية، كما يؤخذ من النصوص التي أشار إليها المؤلف.

(٢) ابن القيم: إعلام الموقعين ج٢ ص٣٢٤-٣٢٩.

وموجبًا عليه أن **يعوض فاعله**، مما تكبَّده من المشقة أو مما دفعه من النفقة، وتعليل ذلك أن الناس يسهر بعضهم علىٰ بعض، ويتآزرون في المحافظة والنصيحة بالمعروف».

ثم يقول:

«وليس قول ابن القيم خاصًّا به، بل إنما يمثل **الرأي المختار** عند الحنبليين، وقد أوضح ذلك ابن رجب بوجهٍ عام وبيَّن بأمثلةٍ عديدة، أنه يجوز للمرء أن يعمل عملًا فيه قيام بالمصالح العامة، أو فيه استنقاذ لمال معصوم من التهلكة، وأنه يستحق المطالبة بعوضه عن عمله هذا[1].

وعلىٰ الجملة؛ فهذا التآخي والتعاون الذي أوجبته الشريعة الإسلامية هو من ضرورات الحياة الاجتماعية، وهذه الناحية العملية التعاونية نراها ظاهرةً هنا مرَّةً أخرىٰ كما رأيناها في باب سوء استعمال الحقوق، وكما نراها في مواضع أخرىٰ عديدة.

فابن القيم وغيره ابتدأوا من هذا الأساس نفسه، **وبنوا عليه وجوب التعويض علىٰ الفضولي** مما أنفقه من التعب والمال في سبيل المحافظة علىٰ مال غيره من الضياع. وبهذا توصلوا إلىٰ نتيجة قريبة من النظرية الرومانية المتبعة في القوانين العصرية، ومنها القانوني اللبناني، فأعطوا برهانًا ساطعًا جديدًا علىٰ أنَّ الشريعة الإسلامية قابلة للتطور والتبدل وفق كل زمان ومكان بما فيها من القواعد الأساسية المتينة، وبما فيها من روح سامية واسعة».

٣٩٠- ملاحظات:

١- عرض المؤلف فكرة ابن القيم كما جاءت في كتابه أعلام الموقعين، مبينًا أن أساسها العدالة، والتعاون الاجتماعي. وذكر أن هذه الفكرة تقرب من نظرية الفضالة في الفقه الغربي، وهذا يتفق وما تقدم في هذا البحث عن الموضوع ذاته.

---

(١) ابن رجب: القواعد، القاعدة ٧٤، ص١٣٥-١٣٧.

٢- لم يوضح الفرق بين هذه الفكرة، وبين الفكرة السائدة في المذهب الحنبلي، والتي يوضحها ابن رجب في الموضع الذي أشار إليه، بل إن كلامه يُفهِم أن لا فرق.

٣- قال: إن قول ابن القيم «ليس خاصًا به؛ بل إنما يمثل الرأي المختار عند الحنبليين»، وإذا كان يقصد بالرأي المختار أنه المذهب، ففيه نظر، وقد قدمنا أن المذهب الحنبلي لا يجيز عمل الفضولي إلَّا في أداء الواجب، وفي استنقاذ مال المعصوم من الهلاك، ثم في تطبيقات محدودة، ولكنه لا يتوسع في ذلك كما يتوسع من فقهائه ابن تيمية وابن القيم، أو كما يتوسع المذهب المالكي.

القسم الثاني

التصرف الذي لا ولاية للمتصرف عليه

٣٩١- مدخل:

في القسم الأول كنَّا ندرس التصرف عن الغير حين يكون للمتصرف (غير الولي الوكيل) الولاية عليه، وفي هذا القسم ندرس هذا التصرف، حين لا يكون للمتصرف ولاية عليه. وهذا النوع الأخير من التصرفات قد يكون موضوعه ذمة المتصرف له. وقد يكون موضوعه عينًا مملوكة للمتصرف له، وفي الفئة الأولىٰ لا يتصور إلَّا أن يكون التصرف أُجري لحساب المتصرف له (الغير). أمَّا في الفئة الثاني؛ فقد يقصد المتصرف فيها إجراء التصرف لحساب الغير، وقد يقصد إجراءه لحساب نفسه، وإذا قصد إجراءه لحساب نفسه فلا يصح أن يقال: إنه تصرف عن غيره إلَّا باعتبار أنَّ تصرُّفَه وعمله يؤول إلىٰ الغير، ويقع له، ويستفيد منه، والفقه الإسلامي -كما سنرىٰ- في الغالب لا يحفل بقصد المتصرف، باعتبار أن العبرة بالواقع لا بما في ظن المكلف. والشيء الجوهري في هذا الشأن، هل كان للمتصرف ولاية علىٰ التصرف أم لم يكن له عليه ولاية؟ «وإذا لم يكن له عليه ولاية، فالأحكام في الغالب تترتب واحدة، بصرف النظر عن اختلاف التصرفات في الطبيعة، أو بعبارة أخرىٰ - في قصد المتصرف.

وبهذا الاعتبار، اعتبار اتحادها في الأثر والحكم، لم نَرَ بأسًا من أن يجمعها في الدراسة موضعٌ واحد، هو القسم الثاني من هذا البحث.

والتصرفات التي يجريها الشخص لحساب غيره، أو يجريها في ملك غيره، قد تكون تصرفات قولية، أو تصرفات فعلية.

وتشمل التصرفات الأولىٰ العقود، والتصرف بالإرادة المنفردة.

وتمتاز هذه التصرفات بأن وجودها أو عدمها أمرٌ حُكمي، فإذا حكم الشرع بوجودها أو صحَّتها، كانت موجودة وصحيحة، أو حكم بعدمها أو بطلانها، كانت معدومة وباطلة.

وتشمل التصرفات الثانية الأعمال المادية التي يجريها الشخص كالنفقة، والغراس والبناء، وسقي الزرع، وعلاج الثمر، إلىٰ غير ذلك من الأعمال التي وجودها أو عدمها أمر من الواقع، وليس متوقفًا علىٰ حكم الشرع.

وللاختلاف في الطبيعة بين هذه التصرفات، كان من الحتمي أن تختلف في الأحكام والآثار. وهذا ما أوجب أن ندرس كل نوع علىٰ حِدة، وإذًا فسيشمل هذا القسم بابين؛ يخصَّص الأول منهما للتصرفات الفعلية، والثاني للتصرفات القولية.

الباب الأول

التصرفات الفعلية

الفصل الأول

المذهب المالكي

٣٩٢- تمهيد:

قد يتصرف الشخص لغيره تصرفًا فعليًّا ينفق عليه أو علىٰ ملكه، أو يقضي عنه واجبًا، أو يقوم عنه بأمر لا بد له منه أو له منه بد، فإذا فعل ذلك فقد يفعله متبرعًا لا يقصد الرجوع عليه بعوض عنه، فيكون ذلك منه هبة، لها حكم الهبات، وقصد التبرع قد تظهره العبارة الصريحة، وقد تدل عليه القرائن والعُرف والعادة. فلا يستحق الرجوع بالعوض مَن كان مثله يعين ولا يطلب العوض؛ إذ يُحمل تصرُّفُه علىٰ التبرع[1] وإذا بنىٰ الموقوف عليه في الوقف ولم يبين أنه بناء ليكون البناء له لا للوقف، فيكون وقفًا؛ لدلالة الحال علىٰ قصده[2]. وقد جرىٰ العرف أن ضمان الصداق يقصد به الحمل أو التبرع، لا الحمالة أو الرجوع، فإذا لم يصرح بقصده الحمالة أو الرجوع، لم يستحق من حمل (ضمن) وأدىٰ علىٰ المؤدىٰ عنه شيئًا[3].

وإذا فعل ما سبق قاصدًا الرجوع لا التبرع، فإن توافرت شروط علىٰ نحو ما سبق -في القسم الأول- كان له أن يرجع.

وإن لم تتوافر شروط الرجوع، فهذا ما سنبين حُكمَه.

وقد يتصرف الشخص بالتصرفات السابقة وهو يقصد وقوعَها لنفسه، وهو في هذا قد يكون معذورًا أو حَسَنَ النيَّة؛ لأنه يظن أنه يتصرف في ملكه، أو يكون متعديًا سيئ النية، يعلم أنه يتصرف في ملك غيره، فأمامنا إذًا ثلاثُ حالات:

١- حالة مَن يتصرف قاصدًا التصرف للغير، ولكن لا تتوافر له شروط الركوع علىٰ المتصرف عنه.

٢- حالة من يتصرف في ملك الغير قاصدًا التصرف لنفسه وهو في ذلك حسن النية.

٣- حالة من يتصرف في ملك الغير قاصدًا التصرف لنفسه وهو في ذلك سيئ النية.

---

(١) المواق ج٤ ص١٩٣.

(٢) الشرح الكبير ج٤ ص٩٦.

(٣) العمليات ص٩٥.

١ - التصرف لحساب الغير

٣٩٣- إذا تصرف الشخص لحساب غيره، ولم يكن له الولاية علىٰ التصرف ولم تتوافر له شروط الرجوع بعوض تصرفه علىٰ الغير؛ فإنه يقترض تبرعه بالتصرف للمتصرف له فرضًا لا يقبل العكس، ولا يغيره أن يعلن أنه لا يقصده.

فإذا أنفق علىٰ يتيم لا مالَ له، أو رمَّم بيتًا لغيره كان لهذا الغير بد من ترميمه، أو عمل له عملًا كان يمكنه أن يعمله بنفسه أو ولده، فلا يحتاج إلىٰ بذل عوض عنه من ماله، وإذا كان يرجىٰ فكاك المضغوط (المكره علىٰ بذل المال)، فسعىٰ آخر في فكِّه ببذل مال نفسه، فليس لأحدٍ من هؤلاء الرجوعُ علىٰ مَن انتفع بتصرفاتهم.

ولكن إذا كان التصرف نفقةً لها عينٌ باقية، وادَّعىٰ أنه لا يقصد التبرع وإنما قصد الرجوع، فإنه يعامل كالغاصب المتعدي في تصرفه فيخير المنتفع في دفع قيمته للمفتقر منقوضًا، أو أمره بنقضه.

٣٩٤- نصوص:

التسولي ج٢ ص١٨٤:

الشامل: كل من أوصل لك نفعًا بعمل، أو مال لزمك أجرة العمل ومثل المال فإن كان عملًا لا تحتاج إليه؛ كحفر بئر في أرضك، لا حاجة لك به، أو أنفق علىٰ من لا تلزمك نفقته، أو كان العمل مما تليه بنفسك أو دوابك، **فلا شيء له عليك**.

المدونة، ج١١ ص١٦٤:

قلت: أرأيت لو انهدم من الدار التي اكتريت بيتًا، أكان **للمتكاري** أن يبنيه من كراء السنة؟ قال: لا فلا أرىٰ أن ينفق المتكاري علىٰ ذلك شيئًا، فإن فعل كان **متطوعًا** . . . سئل مالك عن الرجل يكتري الأرض ثلاث سنين وقد زرع فيها فتفور عينها ويأبىٰ رب الدار أن ينفق عليها؟ قال: للمتكاري أن يعمل في العين بكراء سنته تلك **وإن زاد علىٰ كراء السنة فهو متطوع** . . . قال ابن القاسم: وإنما فرق بين كراء [الأرض] [وبين كراء الدور]، أن الأرض فيها زرع الداخل وفي نفقتها إحياءٌ لزرعه ومنفعةٌ لصاحب الأرض وإن الدار ليس للمتكاري فيها نفقة، **وليس يرد الساكن به منفعة علىٰ صاحب الدار إلَّا** ضررًا في نفقته وحبس داره عن أسواقها، فهذا فرقُ ما بين الدور والأرضين التي فيها الزرع.

حاشية الدسوقي، ج٤ ص٥٤:

أنفق المكتري [الدار] شيئًا من عنده حمل علىٰ التبرع، فإن انقضت المدة خُيِّر ربُّها في دفع قيمته منقوضًا، أو أمره بنقضه؛ **لأنه كالغاصب.**

التسولي، ج٢ ص٧٦:

المسلف والحميل يرجعان . . . إذا كانت الحمالة والسلف بسؤال من المضغوط، **وإلَّا فلا إذا كان يُرجىٰ فِكاكُه** بدون ماله.

الحطاب، ج٥ ص١٤٠:

الأجيرين إذا استأجر أحدهما علىٰ عمل فمرض أحدهما فعل الآخر جميع العمل. قال في المدونة: للمريض نصيبُه ولا شيءَ عليه، وصاحبه متطوِّع اعلم بأن القول بأنه لا شيء للعامل لا يجري علىٰ القول بالرجوع بالقيام بالواجب، بل الجاري عليه أن يقال: إن المريض **إن كان يمكنه عمل ذلك بأجيره أو بنفسه إذا صحَّ، فصاحبه متطوع**، وإن كان لا يعمل ذلك بنفسه، ولا بد له أن يستأجر، فالعامل له أجره.

الذخيرة، ج٤ ورقة ١١٧/ظ:

إن مات لو أرضعته [الظِّئر] باقي المدة لم تتبعه بشيء، وكذلك لو قالت: أرضعته علىٰ أن أبتعه فهي متبرعة **لظاهر حال الصبي**، كما أنفق علىٰ يتيم لا مالَ له، وأشهد أنه يتبعه.

الذخيرة (١): ج٥ ورقة: ٢٣٣/ب:

قال الأبهري: قال مالك تحاص المرأة بما أنفقت في غيبة زوجها لقيامها عنه بواجب دون ما أنفقته علىٰ ولدها؛ لأنها مواساةٌ بغير عوض، وليس علىٰ الولد إعطاؤها النفقة من ماله؛ لأنه كان فقيرًا، ولو كان غنيًّا لكان غيرَ محتاجٍ لنفقتها، **فهي متبرعة**.

العمليات، ص٢٣٤:

وحكىٰ عيسىٰ المرأة تزرع أرض زوجها ببذره وبقره، أن الزرع لها إذا قالت: إنها زرعته لنفسها، وعليها كراء الأرض والبقر ورد الزريعة إن كانت من طعام الزوج المشاور: وبه العمل (اهـ) ولابن حبيب نحو قول عيسىٰ هذا، إلَّا أنه قال بعد ما **تحلف بالله لمَّا زرعت إلَّا لنفسها**.

٢ - تصرف ذي الشبهة أو حسن النية

٣٩٥- ذو الشبهة هو غير المتعدي في تصرفه، وهو من يجهل أنه يتصرف في ملك غيره بدون حق، فمن أحيىٰ أرضًا يظنها مواتًا، فبانت مملوكة، أو قام علىٰ ملكٍ انتقل إليه من غير المالك غير عالم بعد، وأن من انتقل إليه منه؛ كوارث الغاصب، والمشتري منه، والمستأجر منه؛ فإن تصرفات هؤلاء لا تضيع عليهم. فإن كانت في صورة عمل أو نفقة أظهر أثرها علىٰ ملك الغير، كان لهم أن يرجعوا بقيمتها عليه؛ وذلك كحرث الأرض، أو سقي الزرع، أو علاج الثمر، أو الجعالة علىٰ رد الآبق. فيكون له الرجوع بعوض هذه علىٰ المنتفع.

وإن كانت في صورة عين اتَّصلت بملك الغير، فإن المفتقر يشارك المنتفع بها فإذا كانت بناءً أو غِراسًا تبقىٰ علىٰ ملكهم، ولكن لصاحب الملك الأصلي أن يتملَّكها، وحينئذٍ يجب عليه دفع قيمتها قائمة، فإن لم يختر تملكها، ينقل هذا الخيار إلىٰ مَن أقامها، فله أن يتملَّك الملك الأصلي الذي اتَّصلت به العين، فإن لم يختر بقيا شريكين هذا بقدر قيمة ما أقامه، وذلك بقدر قيمة ملكه.

ولكن يستثنىٰ من هذا الحكم النفقة، ونقصد بها هنا إطعام الرقيق، أو علف الحيوان، فجريا علىٰ قاعدة أن «الخراج بالضمان»، إذا كان المنفق قد استغلَّ المنفَق عليه بقدر ما تساوي الغلة النفقة أو تزيد عليها، لم يكن له الرجوع علىٰ صاحب الملك المنفق عليه، ولكن له أن يرجع بقدر ما تنقص عن الغلة إذا نقصت عنها.

ومستثنىٰ من الأحكام السابقة، أن يكون الملك الذي اتَّصل به التصرف وقفًا، أما إذا كان وقفًا فلا يكون لمن بنىٰ أو غرس إلَّا النقض، إلَّا أن يكون في بقائه منفعةٌ للوقف، فإذا رأىٰ الناظر إبقاءه كان للباني والغارس أن يأخذ قيمته منقوضًا من ريع الوقف إن وجد.

وكما رأينا، يختلف الرجوع هنا عنه في رجوع المتصرف الذي كان له الولاية علىٰ التصرف، يختلف في طبيعة الرجوع، وفي شروط الرجوع وفي مقدار ما يرجع به.

أولًا: أن سبب الرجوع هنا التزام مَن وجب الرجوع عليه بإرادته المنفردة، فلم يجب الرجوع عليه إلَّا حين اختار تملك أثر العمل، في حين أنَّ هناك سببَ الرجوع إرادة المتصرف الذي كانت له الولاية علىٰ الشرع في أن يتصرف ويرتب أثر تصرفه علىٰ المتصرف عنه.

وثانيًا: لا يشترط هنا أن يكون التصرف ضروريًا، ولا أن لا يكون للمتصرف منه بُدٌّ؛ بل لقد قيل: إن له أن يرجع حتىٰ بما كان عمله سرفًا وخُيَلاء، ولم تدعُ إليه حاجة مشروعة، ولكن الرأي المختار عدم الرجوع بالسرف؛ لأن التصرف بما كان سرفًا تضييع، فهو عمل غير مشروع.

وثالثًا: يرجع هنا بالقيمة ولو كانت أكثر مما أنفق المتصرف، في حين أن من ولي علىٰ التصرف لا يرجع إلَّا بما أنفق.

هذا، وتعتبر القيمة حين الرجوع بها يوم الحكم، وقيل: بل يوم البناء. ويؤيد الأول أنَّ تملكها لم يتم إلَّا يوم الحكم، وسبب الرجوع -كما قدمنا- التزام من رجع عليه بإرادته المنفردة.

٣٩٦- نصوص:

الشرح الكبير، ج٤ ص٦٦:

لو عمر [مواتًا و]اندرست تلك العمارة   إن أحياها ثانٍ بعد طول، اختص بها، وأما قبله فلا، فإن عمرها **جاهلًا بالأول فله قيمة بنائه قائمًا للشبهة،** وإلَّا فمنقوضًا.

الدسوقي، ج٣ ص٤٦٦:

«ذو الشبهة» أي كالمشتري، أو المكتري من الغاصب، والموهوب له منه، والمستعير منه، **ولم يعلم واحد منهم بغصبه**.

الشرح الكبير، ج٣ ص٤٦٢:

من زرع أرضًا بوجه شبهة؛ بأن اشتراها أو اكتراها من غاصب ولم يعلم بغصبه ثم استحقها ربها قبل فوات ما تراد له تلك الأرض، فليس للمستحق إلا كراء تلك السنة، وليس له قلع الزرع؛ لأن الزارع غير متعدٍّ.

المواق، ج٥ ص٢٨٢:

ابن يونس: وقد اختلف أيضًا فيمن سقىٰ أو عالج بوجه شبهة؛ كالمشتري والموهوب له، فقال ابن القاسم: لا يأخذه كالمستحق حتىٰ يدفع **قيمة** السقي والعلاج، وهذا هو الأصوب.

الدسوقي، ج٣ ص٤٥٢:

لو باعه [الحلي] الغاصب، فكسره المشتري وأعاده لحاله، لم يأخذه مالكه إلَّا بدفع **أُجرةِ الصياغة** لذلك المشتري، لعدم تعدِّيه.

وفي ص٤٦٦:

قوله: «وإن غرس ذو الشبهة أو بنىٰ . . .»، قوله: «غرس» **فرض مسألة**؛ إذ لو صرف مالًا علىٰ تفصيل عرض أو خياطته، أو عمر سفينة فالحكم كذلك.

بداية المجتهد، ج٢ ص٢٣١:

وأمَّا الزيادة من قبل المستحق منه، فمثل أن يشتري الدار فبنىٰ فيها، فيستحق من يده، فإنه **مخيَّر بين أن يدفع قيمة الزيادة** ويأخذ ما استحقه، وبين أن يدفع إليه المستحق من يده **قيمة ما استحق، أو يكونا شريكين**؛ هذا بقدر قيمة ما استحق من يده، وهذا بقدر قيمة ما بنىٰ أو غرس.

ابن ناجي ج٢ ص٢٩٦:

قوله: «ويستحق الأرض بعد أن عمرت بدفع قيمة العمارة قائمة، فإن أبىٰ دفع إليه المشتري قيمة البقعة براحًا، وإن أبَيَا كانا شريكين بقيمة ما لكل واحد، «ما ذكر أنه يرجع علىٰ المستحق بقيمة العمارة، هو قول ابن نافع، **ولا يلتفت إلىٰ ما أنفق**؛ سواء كان البناء قليلًا أو كثيرًا، جيدًا أو رديئًا. وقيل: يرجع بما أنفق فيهما فيما عمل من عمل البناء، فأمَّا بنيان الأمراء؛ فلا أدري ما هو. قال ابن رشد: تضعيفه أن يكون له رجوع فيما بنىٰ من بنيان الأمراء فصحيح؛ لأنه **أتلف ماله فيما لا يسوغ له من السرف المنهي عنه**».

الشرح الكبير، ج٣ ص٤٦٦:

وإن غرس ذو الشبهة، أو بنىٰ وقام عليه المستحق، قيل للمالك: أَعطِه قيمته قائمًا، فإن أبىٰ فله دفع قيمة الأرض، فإن أبىٰ، فشريكان بالقيمة **يوم الحكم**.

الدسوقي، الموضع ذاته:

قوله: «أعطه قيمته قائمًا»؛ أي **ولو من بناء الملوك**؛ لأنه وضعه بوجه شبهة، كذا في الخرشية وردَّه البناني بأن ابن عرفة قيَّده بما إذا لم يكن من بناء الملوك وذوي الشرف؛ لأن شأنهم الإسراف **والتعالي**.

الشرح الكبير، ج٤ ص١٩٢:

والنفقة علىٰ المدعىٰ فيه زمن الإيقاف   علىٰ المقضي عليه   وأمَّا قبل زمنه، فإن النفقة علىٰ مَن هو بيده **كالغلة** اتفاقًا.

ابن ناجي، ج٢ ص٢٩٦:

قال أبو محمد صالح: ولو استحقَّت هذه الأرض بعد أن عمرت **بأنها حبس** علىٰ المسلكين؛ فإنه يأخذ قيمة بنائه وشجره مقلوعًا كما يفعل بالغاصب؛ لأنه يقال له: اقلع متاعك، وليس للمساكين مالٌ يعطونه لك وتأخذ قيمتَه قائمًا، ولا يجري بينكما من التخيير ما جرىٰ فيمن استحق أرضًا بعد أن عمرت؛ لأنَّا إن أجريناه بينكما، **أدَّىٰ ذلك إلىٰ بيع الحبس**. وما ذكر قبله غير واحد.

الشرح الكبير، ج٣ ص٤٦٦-٤٦٧:

إلَّا أن تكون الأرض المحبسة تستحق بعد غرسها أو بنائها، فالنَّقض متعيَّن لربه بأن يقال له: اهدم بناءك وخُذْه ودَعِ الأرض لمستحقيها؛ **إذ ليس ثَمَّ مَن يُعطيه قيمتَه قائمًا**، إلَّا أن يكون في بقائه منفعةٌ للوقف، ورأىٰ الناظر إبقائه، فله دفعُ قيمتِه منقوضًا من ريع الوقف إن كان له ريع، فإن لمن يكن له ريع ودفعها من عنده، كان متبرعًا.

ابن ناجي، ج٢ ص٢٩٦:

وفي كون المعتبر من القيمة **يوم بنائه**، وهو الأقرب، أو **يوم الحكم قولان.**

مواق، ج٥ ص٣٠٠:

المازري في كون قيمة البناء يوم بناه، أو يوم المحاكمة قولان، ولم يشهر ابن عرفة منهما قولًا.

الشرح الكبير، ج٣ ص٤٦٦:

ويعتبر التقويم يوم الحكم، لا يوم الغرس والبناء.

الدسوقي، الموضع ذاته:

قوله: «يوم الحكم»؛ أي بالشركة، واقتصار المصنف عليه؛ لظهوره. وقيل: إن القيمة تعتبر يوم البناء أو الغرس.

٣ - تصرف غير ذي الشبهة

٣٩٧- من يتصرَّف في مِلك غيره لنفسه، وهو يعلم بذلك، أو كان يجب عليه أن يُعلمه، وذلك كالغاصب والمتعدِّي والمفرِّط. فإن كان تصرُّفُه في صورة بذل جهد أو مال استهلكا في ملك الغير؛ مثل أن يسقي زرع الغير، أو يعالج ثمره، بنفسه أو بمن يستأجره لهذا العمل؛ فإنه لا يستحق عوضًا عمَّا انتفع به الغير من جرَّاء هذا التصرف، وإن كان تصرفه في صورة إحداث أثر في مِلك الغير، ازدادت به قيمته، ولم يمكن فصلُه عنه مع احتفاظه بقيمته؛ مثل أن يزفِّت مركب الغير، أو يزوق داره، أو يصبغ ثوبه، فإن الغير الذي استفاد بتصرفه يتملك أثر تصرفه بدون مقابل، فلا يكون له في هذا أيضًا أن يرجع عليه بشيء، ويكون لصاحب الملك الذي اتَّصلت به.

أمَّا إذا كان أثر تصرُّفِه عينًا اتَّصلت بملك الغير، ويمكن فصلها منه، مع احتفاظها بقيمة ما، فإنها تبقىٰ علىٰ مِلكه (ملك المتصرف)، ثم إن أمكن نزعها بدون ضررٍ يصيب ملك الغير؛ مثل الحبال والجوانح في المركب، فإن صاحبها يأخذها، وإن لم يمكن نزعها بدون ضرر يصيب ملك الغير؛ مثل الغراس والبناء في الأرض، فإن للغير الذي اتَّصلت هذه العين بملكه الخيارَ بين شيئين: أن يتملك العين بقيمتها مستحقَّة القلع، وناقصة أجرة القلع التي كان سيخسرها صاحب العين لو كلف بالقلع، هذا إذا كان شأنه أن يخسر مثل هذه الأجرة، وبين أن يجبر صاحب العين علىٰ قلعها، وبغرمه ما نقص بسبب القلع.

وقد اختار المتأخرون من فقهاء المالكية أن ما أنفقه غير ذي الشبهة من إطعام رقيق، أو سقي زرع، أو علاج ثمر، له أن يستلزمه من الغلة التي يجب عليه أن يؤدِّيَها للمالك؛ لأن الغلة حصلت بعمله وفعله، وهو إن ظلم لا يظلم، لكن ليس له أن يرجع إذا زادت النفقة علىٰ الغلة بما زادت به.

٣٩٧ م - نصوص:

المواق، ج٥ ص٢٨٢:

اللخميٰ: إن غصب مركبًا نخرًا، ولا يقدر علىٰ استعماله إلَّا بإصلاحه فعمره ورجحه بجوانحه وأطرافه، ثم اغتلَّ غلة، كان جميع الغلة لمستحقه [مالكه]، ولا غُرمَ عليه في شيء مما أنفقه إلَّا [علىٰ] مثل طير أو جمل، ومن ابن يونس: قال ابن القاسم **وليس [للغاصب] اتباع المستحق** بما أنفق في ذلك، أو سقىٰ، أو عالج، أو رعىٰ، **ولكن له المقاصة بذلك فيما بيده من غلة،** لأن عن عمله تكونت وإن عجزت الغلة عنه لم يرجع علىٰ المستحق بشيء وقاله أشهب، وقال ابن القاسم -أيضًا-: لا شيء له فيما سقىٰ أو عالج أو أنفق، **وإن كان ذلك سببًا للغلة،** وقاله مالك، وبه أخذ ابن الموَّاز، **قال: إذ ليس بعين قائمة،** ولا يقدر علىٰ أخذه، ولا مما له قيمة بعد القطع فيرد، وهو كما لو غصب مركبًا نخرًا فأنفق في قلفطتة ومرمَّته وترجيحه وأطرافه وجوانحه، ثم اغتلَّ فيه غلة كثيرة؛ فلربه أخذه مقلفطًا مصلوحًا بجميع غلته، ولا غرم عليه فيما أنفق إلا مثل الصاري والأرجل والحبال، **وما يؤخذ له ثمن** إذا أخذ، **فللغاصب أخذُه.**

الخرشي، ج٦ ص١٦٨:

قال: «كمركب نخر وأخذ ما لا عين له قائمة»، أدخلت الكاف الدار الخراب والبئر الخراب والبنيان الخراب إذا أصلحه الغاصب، ولو قال: وترك له **ما لا قيمة له بعد قلعه** لكان أحسن؛ إذ نحو المشاق والزفت القديم يُترك وإن كان له عين قائمة.

الذخيرة، ج٤ ورقة ١٩٢/ظ:

قال [ابن شاس] قال سحنون: من حرث أرضك ليلًا **غلطًا** فلا أجرة له؛ لأنه لم يحرث إلا **لنفسه**، فإن زرع أرضك فلك قلع زرعه في إبان الزراعة والكراء بعد الإبان؛ لأنه متعدٍّ.

الفصل الثاني

المذهب الحنفي

٣٩٨- تمهيد:

إذا تصرَّف شخص غير ولي أو وكيل عن غيره، أو في ملك غيره، ولم يكن له ولاية علىٰ التصرف عن غيره علىٰ نحو ما سبق في القسم الأول، فقد يكون قصد وقت إجراء التصرف إجراءه لحساب هذا الغير، أو يكون قصد إجراءه لحساب نفسه. وهذا الثاني قد يكون علىٰ وعي بأنه يجري تصرفًا لا حقَّ له فيه، وقد لا يكون علىٰ وعي بذلك، فتلك ثلاث حالات. وقد سبق أن رأينا المذهب المالكي يفرق بينها في الحكم؛ وذلك لغلبة النزعة الذاتية فيه، أمَّا في المذهب الحنفي فإن النزعة الموضوعية هي التي تتغلب. ومن ثم يضع المذهب حكمًا مطلقًا: أن لا رجوع للمتصرف بسبب تصرفه علىٰ غيره، وإن استفاد الغير من تصرفه، ولكن هذا الإجمال لا يغني عن التفصيل.

١ - قصد التصرف للغير

٣٩٩- إذا لم يكن للشخص ولاية علىٰ التصرف عن غيره، ولكنه مع ذلك تصرف، دفع ما يجب عليه، أو أنفق علىٰ ملكه، أو بذل عمله لإنقاذ ماله من التلف، فما دام المستفيد من هذه التصرفات لم يلتزم صراحةً أو ضمنًا بالتعويض عنها، فإنه لا يكلف التعويض عنها؛ تطبيقا لقاعدة «أن الشخص لا يلتزم بشيء لم يلتزمه».

وسواءٌ في هذا أن تدفع إلىٰ التصرف مصلحة المتصرف نفسه مثل أن يكون شريكًا ينفق علىٰ المال المشترك، أو مرتهنًا ينفق علىٰ الرهن، ما دام التصرف لا يدخل نطاق قاعدة «الضرورة»، وأن تدفع إلىٰ التصرف مصلحة المتصرف له؛ مثل الملتقط ينفق علىٰ اللقطة، والفادي يفك الأسير.

ففي كل هذا لا يرجع بعوض تصرفه، ويعتبر كأنه قد قصد أن يتبرع للمتصرف له.

والنصوص تُعلِّل دائمًا عدم الرجوع في مثل هذه الحالة، بأن «التصرف وقع تبرعًا»، أو أن «المتصرف كان متبرعًا أو متطوعًا» مما يوهم أن العلة في عدم الرجوع افتراض نية التطوع، وأنه لو انتفت هذه النية لاستحق المتصرف الرجوع. ولكن الواقع إن قصد التبرع ليس افتراضًا؛ بل هو حكم موضوعي، وإذا كان افتراضًا فهو فرض لا يقبل العكس، بدليل أنه لو قامت قرينة قوية علىٰ العكس، بل لو صرَّح المتصرف بأنه يقصد الرجوع ولا يقصد التبرع، بل لو أشهد علىٰ ذلك، لم يختلف الحكم.

ويبدو -وهذا ما يستفاد من النصوص- أنه أولًا: قصد بهذا التعبير «لأنه متبرع» أو «لأنه متطوع»، أن المتصرف صرف منافعه أو ماله باختياره دون أن يكون مجبرًا عليه، أو يستدعىٰ منه. فمتبرع ومتطوع هنا بمعنىٰ «مختار». ثم تطور التعبير فصار يقصد به أنه يفترض منه التبرع، أو مفروض عليه التبرع.

إذًا، فالعلة الحقيقية أن هذا المتصرف (المفتقر) قد أتلف ماله بنفسه، فلا يضمنه غيره وأن الغير (المغتني) وإن استفاد منه، لم يلتزم التعويض عنه بإرادته، ولا يفعله.

وفي الواقع أن الفقه حين يفسر هذا التصرف بأنه متبرع، يطبق عليه أحيانًا بعض أحكام التبرع أو الهبة، ولكن ليس هناك ما يدل علىٰ أنه لو صدر من غير أهلٍ للتبرع أن الحكم يختلف، وأنه يجوز حينئذٍ الرجوع علىٰ المستفيد.

وظاهر النصوص يدل علىٰ أن هذا المتصرف لا يرجع بالعوض، سواءٌ استهلك عمله أو ماله في ملك الغير، ولم يَبقَ عينٌ قائمة أو بقيت هذه العين. وسنعرف أن من لم يقصد التصرف لحساب الغير، له أن يطالب بالعين القائمة، أو بعوضها. وحينئذٍ فيحتمل أن يختلف المتصرف ومن وقع له التصرف حيث يدعي الثاني قصد إجراء التصرف لحسابه، ويدعي الأول أنه قصد التصرف لحساب نفسه، ولو وقع ذلك الاختلاف ولم توجد البينة، فإنه يُقبل قول المتصرف؛ لأنه يدَّعي أمرًا لا يُعرف إلَّا من جهته.

٤٠٠- نصوص:

١- الكاملية، ص٥٣:

في الخلاصة الدار **المشتركة** إذا استرمت فأنفق أحدهما في مرمتها بغير إذن القاضي، وبغير إذن صاحبه، فهو **مقطوع** ... وإن أدَّىٰ **خراج الأرض**، قالوا: يكون متطوعًا في حق الشريك؛ لأنه قضىٰ دينه بغير أمره لا عن اضطرار.

المبسوط، ج٢٣ ص١٤٦:

قام عليه (زرع المزارعة) رب الأرض بنفسه وأجرائه حتىٰ استحصد بغير أمر

المزارع، فالخارج بينهما نصفان **ورب الأرض متطوع** فيما صنع فإن كان استأجر لذلك فعمل أجيره كعمله، وأجر الأجير عليه؛ لأنه هو الذي استأجره.

البدائع، ج٦ ص٩٢:

لو اشترىٰ [المضارب] بجميع مالها [المضاربة] ثيابًا، ثم استأجر علىٰ حملها كان متطوعًا في ذلك . . . ؛ لأنه صار بالاستئجار مستدينًا علىٰ المضاربة، فلم يجز عليها، فصار عاقدًا لنفسه متطوعًا في مال الغير.

البابرتي، ج٨ ص٢٠٣:

وما أداه أحدهما [الراهن والمرتهن] مما وجب علىٰ صاحبه من أجره وغيرها فهو متطوع؛ لأنه قضىٰ دينه بغير إذنه.

ب - الأصل (ب) ورقة ٢١٩/ب:

وإذا التقط الرجل لقيطًا فاستأجر له ظئرًا، فهو جائز والأجر عليه، وهو متطوع في ذلك.

المبسوط، ج١٠ ص٢١٠:

وإن أنفق عليه الملتقط، فهو في نفقته تطوع، لا يرجع بها علىٰ اللقيط إذا كبر؛ لأنه **غير مجبور** علىٰ ما صنع شرعًا، والمتطوع من يكون مخيرًا غير مجبر علىٰ إيجاد شيء شرعًا . . . ؛ لأنه بالالتقاط **لم يثبت له عليه ولاية إلزام شيء في ذِمَّته.**

ابن نجيم، ص١٥٣:

اشترىٰ أسيرًا مسلمًا من الكفَّار بدار الحرب بغير أمره وطالبه بما دفع من الثمن عنه عند حاكم شرعي لا يلزمه أن يدفع له ذلك؛ لأنه متطوع.

مجمع الضمانات، ٢١٠:

وإن اتفق [الملتقط] عليها من مال نفسه بغير إذن الحاكم، فهو متبرع.

المبسوط، ج١١ ص١٠:

وإذا التقط الرجل لقطة، أو وجد ضالَّة، أو أَمَة أو عبدًا أو صبيًّا حرًّا ضالًّا فرَدَّه علىٰ أهله، لم يكن في شيء من ذلك جعل؛ لأنه متبرع بمنافعه في الرد.

ج - جامع الصغار، ج١ ص١٧٨:

زوج أم الصغير زرع في أرض الصغير لأجل الصغير، يكون **هبة** ويصير الصبي قابضًا؛ لاتصال البذر بملكه، وكذا لو زرع أجنبي في أرض الصغير لأجله.

جامع الفصولين، ج٢ ص١٥٩:

[فوائد ظهير الدين] عمر دار امرأته فمات وتركها وابنًا لو عمرها لنفسه بلا إذنها فالعمارة ميراث عنه ولو عمرها **لها** بلا إذن؛ قال النسفي: العمارة كلها لها ولا شيء عليها من النفقة. وعلىٰ هذا التفصيل عمارة كرم امرأته وسائر أملاكها [عدة المفتين] كل من بنىٰ في دار غيره لو بنىٰ **لنفسه** بلا أمره، يكون له، وله رفعه إلَّا أن يضرَّ بالبناء، فيمنع، ولو بنىٰ لرب الأرض بلا أمره، ينبغي أن يكون متبرعًا.

ابن نجيم، ص٩٥:

شخص غرس شجرة في المسجد تكون للمسجد لا للغارس إذا بنىٰ [الناظر] من مال الوقف [في الوقف] فهو للوقف. وإذا بنىٰ من مال نفسه **لنفسه، وأشهد** بذلك يكون له، وإذا لم يشهد بذلك فهو للوقف.

فتح القدير، ج٥ ص٦٩:

لو زرع الواقف أو المتولي أرض الوقف وقال: زرعتُها لنفسي، وقال المستحِقُّون: بل للوقف، **فالقول قوله** . . . [وعليه] نقصان الأرض.

قاضيخان، ج٢ ص٣١٥:

رجل اكترىٰ حمارًا في الطريق، فأمر المكتري رجلًا أن يُنفق علىٰ الحمار ففعل المأمور، قالوا: إن علم أن الحمار لغير الآمر، لا يرجع بما أنفق علىٰ أحد؛ لأنه مقطوع، وإن لم يعلم له أن يرجع علىٰ الآمر وإن لم يقل: إني **ضامن**.

٢ - تصرف غير ذي الشبهة

٤٠١- إذا كان مَن تصرَّف في ملك غيره، يعلم أنه متعدٍّ بهذا التصرف. أو كان من الواجب أن يعلم ذلك، فإذا لم يمكن اعتباره بهذا التصرف مستهلكًا لمال الغير؛ بأن «لم يزل بالتصرف اسمه وعظم منافعه»، فإنه لا يرجع علىٰ الغير الذي استفاد من تصرفه بعوض ما خسره، فإذا أنفق علىٰ حيوان الغير، أو كرب أرضه، أو سقي زرعه، أو عالج ثمره، أو رمَّ داره؛ فإنه لا يكون له أن يرجع ببعض ما بذل في ذلك من جهد أو مال، يستوي في هذا أن يكون التصرف ضروريًّا لرب المال، أو نافعًا، أو كان مجرد تصرف كمالي.

ولكن إذا كان ما خسره المتصرف بسبب تصرفه عينًا لا تزال قائمة بالمال موضوع التصرف، فإن أمكن فصلها بدون ضرر يلحق المال الذي اتَّصلت به، فإن لربهما أَخْذُها.

وإن لم يمكن فصلها بدون ضررٍ يلحق بالمال، فإن لرب المال أن يتملك العين القائمة بقيمتها مستحقة القلع؛ لأن في هذا نظرًا لهما، ودفع الضرر عنهما، ولرب المال إن شاء أن يأمر صاحب العين بقلعها، ولكن هذا الحكم الأخير إنما يكون فيما إذا كانت العين يبقىٰ لها قيمة بعد القلع، فإن كانت تتلاشىٰ بعد القلع كالصبغ في الثوب، فإن لرب الثوب تضمين المتصرف (الصابغ) قيمة الثوب بدون صبغ، أو يأخذ الثوب ويغرم ما زاد الصبغ في قيمته.

ونلاحظ أنهم هنا حين لا يكون للمتصرف رجوع، يعللون الحكم بأنه متبرع، وهذا يوضح ما سبق أن ذكرناه في الفقرة السابقة.

٤٠٢- نصوص:

جامع الفصولين، ج٢ ص١٩٦:

بنىٰ حائطًا في كوم غيره بلا أمره من تراب رب الكوم، فلولا قيمة للتراب فالحائط لرب الكوم **والباني متبرع**، ولو له قيمة فالحائط للباني وضمن قيمة التراب. ولو غسل ثوبًا غصبه، فللمالك أخذُه بلا شيء، وكذا حيوان كبر عند غاصبه وزادت قيمته، وجريح داواه غاصبه فبرئ، وأرض فيها زرع أو نخيل فسقىٰ وأنفق عليه؛ لأنه ما أحدث فيها عينًا متقومًا، إنما ظهر أصله، أو نماء ملكه.

الهداية، ج٧ ص٣٨٣-٣٨٥:

ومن غصب أرضًا «فغرس» فيها أو بنىٰ، قيل له: اقلع البناء أو الغرس ورُدَّها فإن كانت الأرض **تنقص** بقطع ذلك، فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعًا، ويكون له؛ لأن فيه نظرًا لهما، ودفع الضرر عنهما وقوله: «قيمته مقلوعًا» معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه؛ لأن حقه فيه، إذ لا قرار له فيه، فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء، وتقوم وبها شجر أو بناء، لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه، فيضمن ما بينهما ومن غصب ثوبًا فصبغه أحمر، أو سَوِيقًا فلتّه بسمن، فصاحبُه بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب، وإن شاء أخذها وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما . . . ؛ لأن فيه رعاية الجانبين. **والخيرة لصاحب الثوب**؛ لكونه صاحب الأصل بخلاف الساحة بنىٰ فيها؛ لأن النقص له بعد القلع، أمَّا الصَّبْغ فيتلاشىٰ.

٣ - تصرف ذي الشبهة

٤٠٣- وبمقابلة هذا بما سبق، يمكن القول بأن ذي الشبهة من يتصرف في ملك غيره. وهو يظن أنه يملك التصرف فيه، وقد بنىٰ ظنه علىٰ أسباب معقولة؛ وذلك مثل من يشتري من الغاصب، أو يستوهب منه، أو يستأجر، أو يستعير أو يرث، وهو لا يعلم بغصب أصله.

وفي المذهب الحنفي، من يضع يده علىٰ ملك الغير بدون إذنه، فإنه يعتبر غاصبًا، ويكون له حكم الغصاب، فعدم العلم بأنه يضع يده علىٰ ملك الغير، يزيل المأثم ولا يزيل المغرم؛ أي أن فعله لا يعتبر مخالفة يعاقب عليها، ولكنه يعتبر سببًا للضمان؛ لأن الضمان حق العبد، وهو يستوي فيه العالم والجاهل والكبير والصغير والعاقل والمجنون.

وبناءً علىٰ ذلك، فما سبق تفصيله في تصرف غير ذي الشبهة، يجري هنا، ولا يكون للمتصرف أن يرجع علىٰ رب المال بعوض تصرفه وإن كان استفاد منه.

علىٰ أنَّا نلحظ اتجاهًا في هذا المجال يرمي إلىٰ التفريق بين تصرف حسن النية وسيئها، فقد قيل: إن من ينفق علىٰ الكرم يسقيه ويصلحه ويرممه ثم يستحق منه له أن يقطع من غلة الكرم التي يجب عليه ردُّها للمستحق مع الكرم، له أن يقتطع منها مقدار ما أنفق، ولكن بعض المتأخرين توقف أيضًا في هذا الحكم.

٤٠٤- ولما كانت هذه النتيجة مجحفة بالمتصرف حسن النية، حيث سيخسر جهده أو ماله دون تعدٍّ منه ولا تقصير؛ فقد حاول المذهب الحنفي أن

يحميه عن طريق الحيلة، واتخذ لذلك وسيلتين؛ إحداهما وقائية والأخرىٰ علاجية.

أما الوقائية: فتكون بمنع الاستحقاق؛ بأن يكتب عقد الشراء حين يشتري الملك المبيع باسم شخص غريب مجهول، ويوكله هذا بحيازة الملك المبيع، فإذا ادعىٰ عليه الاستحقاق بعد ذلك، دفع بأن ما في يده لغيره وهو لا يكون خصمًا عنه، كما تقضي بذلك قواعد الدعوىٰ في المذهب الحنفي.

وأما العلاجية: فيكون بافتراض ضمان العاقد (البائع) ما يلحق المستحق عليه (المشتري) من خسارة أو درك بسبب الاستحقاق، فالبائع وهو بالعقد يملك الشخص المعقود عليه، وكل ما يقتضيه الملك فيه من التصرف، يضمن عقده التزامًا بتعويض المشتري عمَّا يلحقه من خسارة لم يدخل عليها. فإذا كان للمشتري ساحة وبنىٰ فيها المشتري ثم استحقت الساحة فبما أن المشتري لن يتمكن من الرجوع علىٰ مستحقها بقيمة ما بناه قائمًا، وبما أن البائع قد ضمن له قرار البناء، فإن له أن يرجع عليه بقيمة البناء مبنيًّا، تلك القيمة التي ضمن البائع سلامتها له ولم تسلم.

ويتم هذا كلَّما أمكن افتراض مثل هذا الضمان، فإذا أعاره أرضًا ووقَّت للعارية وقتًا فبنىٰ فيها ثم رجع قبل انتهاء الوقت، فإنه يحق للباني أن يرجع علىٰ المعير بقيمة البناء قائمًا؛ لأن التوقيت من المعير -كما قالوا-: التزامٌ فيه في المعنىٰ بقيمة البناء والغراس إن أراد إخراج المستعير قبل انتهاء الوقت المحدَّد[1].

ولا يمنع هذا الافتراض أن يكون العقد فاسدًا.

---

(١) ويقرب من هذا، ما قالوا من أنه إذا قال رجل لآخر: اشترني من فلان فإني عبده، ثم ظهر بعد ذلك أنه حر؛ فإن «كان البائع لا يدري أين هو، رجع المشتري علىٰ العبد ورجع هو علىٰ البائع» و«يجعل العبد بالآمر بالشراء ضامنًا للثمن عند تعذر رجوعه علىٰ البائع؛ دفعًا للغرور والضرر، ولا تعذر إلَّا فيمن لا يعرف مكانه». (الهداية، ج٥ ص٣٠٥-٣٠٧).

ولكن إذا لم يمكن افتراض الضمان، بأن كان العقد غير عقد المعاوضة؛ مثل أن يهب شخص لآخر أرضًا أو يرهنها إيَّاه، أو يعيرها له، فإذا بنىٰ فيها أو أنفق، ثم استحقَّت لم يكن له رجوع علىٰ العاقد (الواهب، أو الراهن، أو المعير)، وكذلك لا محلَّ لهذا الافتراض إن لم يكن العقد اختياريًّا، فإذا كان العاقد مجبرًا علىٰ العقد؛ مثل المشتري الشقص يؤخذ منه بالشفعة، فإذا بنىٰ الشفيع فلا رجوعَ له علىٰ المشتري، ومثل المشتري في هذا مقاسم الأرض إذا كانت مما يجبر علىٰ قسمته وبنىٰ شريكه، فلا محل لافتراض ضمان السلامة، وهذا يوضح قصور هذه الوسيلة وهي قاصرة من وجه آخر أيضًا؛ وذلك أنها إنما تفيد بالرجوع بقيمة العين القائمة التي يمكن تسليمها لمن يحكم عليه بالتعويض، ولكن ما لا عين له قائمة مثل كرىٰ النهر وحرث الأرض، فإنه يضيع علىٰ المفتقر به ولا سبيل لاشتراط ضمان هذه الأمور؛ لأن مثل هذا الاشتراط يُفسد العقد؛ ولهذا لجؤوا إلىٰ حيلة أخرىٰ للتوصل إلىٰ ضمان العاقد الذي يخاف تغريره، فقالوا: إذا خاف المشتري تغرير العاقد هو استحقاق العين منه، فإذا أراد أن يشتريها بمائة دينار، علىٰ أن يرجع علىٰ العاقد بمائتي دينار إن استحقت، فإنه يبيع ممن يريد شراء العين منه، ثوبًا يساوي ثمنًا بخسًا بمائة دينار ثم يشتري العين منه بمائة دينار، وبالمائة دينار التي هي ثمن الثوب، فيصير ثمن العين مائتي دينار، فإن استحقَّت رجع المشتري بمائتي دينار.

٤٠٥- نصوص:

أ- الهداية، ج٧ ص٣٦٣:

إن كان [الغصب] مع العلم، فحكمُه المأثم والمغرم، وإن كان بدونه فالضمان؛ لأنه حق العبد، **فلا يتوقف علىٰ قصده**، ولا إثم؛ لأنَّ الخطأ موضوع.

ب- العقود الدرية، ج١ ص٢٥٤:

جماعة اشتروا كرم عنب وتصرفوا بغلته عدة سنين، ثم ظهر مستحقًّا فهل يوضع من الغلة مقدار ما أنفق الجماعة في تعمير الكرم؟ الجواب: نعم، في

جامع الفتاوىٰ: يوضع من **الغلة** مقدار ما **أنفق في** عمارة الكرم؛ من قطع الكرم، وإصلاح السواقي، وبناء الحيطان، ومرمته، وما فضل من ذلك يأخذه المستحق من المشتري. (اهـ). وبمثله أفتىٰ **خير الدين في** فتاويه، **وأيضا أبو السعود أفندي** .. ونقله الأنقروي في فتاويه. أقول: ولينظر الفرق بينه وبين استحقاق **الدار**، حيث لا يرجع إلَّا بقيمة ما يمكن تسليمه من البناء دون ما أنفقه ثم رأيتني ذكرت أن هذا ليس رجوعًا علىٰ المستحق من كل وجه؛ بل هو اقتطاع من الغلة التي استغلَّها وهو بعد فيه للبحث مجال.

ج- الخصاف ص١٤:

أراد أن يشتري دارا وهو لا يعلم أنها للذي يبيعه إيَّاها، ولا يأمن أن يقيم رجل بينه زور يشهدون أنها له فيأخذها [أو] لم يأمن أن يكون البائع قد تصدق علىٰ بعض ولده أو ألجأها إليه أو إلىٰ غيره الجعلة [أن] يكتب الشراء **باسم** رجل **غريب مجهول**، ويوكله الأجنبي بالدار بحضرة الشهود ويسلمها إليه، ويشهد له في كتاب الشراء أنه اشتراها له بأمره وماله، فلا يكون بينه وبين أحد فيها خصومة.

د- الجصاص علىٰ الطحاوي، كتاب الدعوىٰ والبينات:

لو كان المشتري دارًا فبناها المشتري ثم استحقت وأمر برفع البناء، فإنه يرجع بقيمة البناء علىٰ البائع؛ وذلك لأن البائع قد **أوجب له البناء بغير ضمان يلحقه** وجب أن يكون له الرجوع بقيمة البناء؛ لما لحقه من الضرر بالغرور، وذلك لأن هذا المعنىٰ من **مقتضىٰ الملك وموجبه**؛ بأن يتصرف في ملكه من غير ضرر يلحقه، والبائع غار له به حين أخذ البدل منه علىٰ أن [لا] يلحقه ضرر في تصرفه.

المبسوط، ج٢٣ ص٥٤:

لو **دفع** إلىٰ رجل أرضًا مزارعةً فكربها العامل وحفر أنهارها ثم استحقها رجل، أخذها ولا شيء للمزارع علىٰ الذي **دفعها** إليه ولو استحقها بعدما زرعها قبل أن يستحصد إن شاء [العامل] ضمن **الذي دفع إليه** الأرض

مزارعة نصف قيمة الزرع نابتًا وسلم الزرع كله؛ لأنه مغرور من جهته حين أعطاه الأرض علىٰ أنها ملكه، والذي جرىٰ بينهما **عقد معاوضة**، فيثبت الغرور بسببه، وقد استحق إبقاء نصيبه من الزرع إلىٰ وقت الإدراك، فإذا فات عليه ذلك، كان له أن يرجع عليه بقيمة حصته من الزرع نابتًا في الأرض، كالمشتري للأرض إذا زرعها ثم استحقَّت، وقلع زرعه المزارع إذا ضمن [نقص الأرض] يرجع **بما ضمن** علىٰ الدافع؛ لأنه كان مغرورًا من جهته، فإنه **ضمن بعقد المعاوضة سلامة منفعة الأرض** ولم يسلم، فيرجع عليه.

وفي ج٣٠ ص١٧٨:

البائع بمنطلق العقد يصير ضامنًا للمشتري قرار البناء، فإذا لم يسلم له ذلك، له أن يرجع بقيمة البناء.

البدائع، ج٧ ص١٤٥:

ضمان الغرور هو ضمان الالتزام في الحقيقة.

الهداية، ج٧ ص١١٠:

إن كان وقت العارية، ورجع قبل الوقت، صح رجوعه وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع؛ لأن **التوقيت من المعير التزام منه لقيمة** البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت، **معنىٰ**.

الجصاص علىٰ الطحاوي، كتاب الدعوىٰ والبينات:

ولو كان وهب له جارية [فاستحقت] لم يرجع الموهوب له بما غرم من قيمة الولد علىٰ الواهب؛ وذلك لأن **عقد الهبة لا يوجب ضمانًا** علىٰ الواهب.

البدائع، ج٥ ص٣٠:

لو أخذ الشفيع الأرض بالشفعة وبنىٰ عليها ثم استحقت، وأمر الشفيع بنقض البناء لا يرجع بقيمة البناء في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه يرجع. وجه هذه الرواية أنه بمنزلة الشراء من المشتري، ولو كان اشتراه لرجع عليه، كذا هنا؛ لوجود الغرور - من البائع وضمان السلامة

للمشتري؛ لأن كل بائع مخبر للمشتري أنه يبيع ملك نفسه، وشارط سلامة ما يبنىٰ فيه **دلالة؛ إذ ضمان الغرور ضمان الكفالة في الحقيقة** . . . [وجه الرواية الثانية أنه] لا غرور من المشتري؛ لأنه مجهول، وحق الرجوع بضمان الغرور علىٰ المختار.

جامع الفصولين، ج١ ص١٥٣:

[فتاوىٰ القاضي ظهير الدين] أرض شرياه فافتسماه، فبنىٰ أحدهما في نصيبه فاستحق نصيبه، لا يرجع علىٰ شريكه بقيمة البناء، والأصل أن القسمة لو كانت **مما يجبر عليها الآبي . . . فلا يثبت فيها حكم الغرور**، فلا رجوع ولو كانت مما لا يجبر فالغرور يثبت فيها.

ولو كانت مما لا يجبر فالغرور يثبت فيها.

جامع الفصولين، ج١ ص١٥٧-١٥٨:

من شرىٰ دارًا شراء **فاسدًا**، وبنىٰ فاستحقَّ، يرجع المشتري بقيمة البناء علىٰ بائعه كما في البيع الصحيح، وهذا لتحقق الغرم [شرح الطماوي] المستحق لو نقض بناء المشتري، فلو **سلم النقض** إلىٰ بائعه رجع بالثمن وبقيمة بنائه مبنيًّا، ولو لم يسلم لا يرجع إلَّا بالثمن [الذخيرة البرهانية:] خلق البناء وتغير ثم استحقَّ، يرجع علىٰ بائعه بقيمة البناء **يوم سلم** البناء إلىٰ البائع، وكذا لو زادت قيمة ما أنفق فيه يوم الاستحقاق، يرجع عليه بقيمة البناء يوم تسليمه، ولا ينظر إلىٰ ما كان أنفق، إنما يرجع **بقيمة ما يمكن نقضه** وتسليمه إلىٰ البائع حتىٰ لا يرجع بقيمة جص وطين [المحيط:] شرىٰ دارًا فحفر فيه بئرًا، أو نقىٰ بالوعة، أو رمَّ من الدار شيئًا ثم استحق، لا يرجع بشيء منها؛ إذ الحكم يوجب الرجوع **بقيمة لا بنفقة**، حتىٰ لو كتب في الصك، فما أنفق المشتري فيه أو رم فعلىٰ البائع **يفسد البيع**. ولو حفر بئرًا وطواها، يرجع بقيمة الطي لا بقيمة الحفر، فلو شرط فسد البيع [فتاوىٰ العتابي]. ولو **عرف المشتري** أن الدار لغير البائع، ولم يدَّع البائع وكالة فبنىٰ فاستحق، **لم يكن مغرورًا** . . . [الذخيرة البرهانية:] لو كرىٰ المشتري نهرًا أو حفر ساقية أو قنطرة علىٰ النهر، يرجع بثمنه

وبقيمة ما أخذت من بناء القنطرة، ولا يرجع بما أنفق في الكرىٰ والحفر، ولا في معناه جعلها من التراب، ولو جعلها من آجر وقصب، أو لبن، أو شيء له قيمة؛ فإنه يرجع علىٰ بائعه بقيمته وهو قائم، ثم يؤمر البائع بقلعه.

هـ- الخصاف، ص١٣:

أراد أن يشتري دارًا من رجل ولم يأمن أن يكون البائع قد أحدث فيها حدثًا قبل أن يبيعه إياها، فأراد أن استحقت عليه بيد أن يرجع علىٰ البائع بنصف الثمن ويكون ذلك له حلالًا قال: يبيع المشتري من البائع ثوبًا بمائة دينار، ثم يشتري الدار منه بمائة دينار يدفعها إليه، وبالمائة دينار التي هي ثمن الثوب فيصير ثمن الدار مائتي دينار، إن استحقت رجع المشتري بهذه المائتي دينار[(١)]

---

(١) في (أ) البدائع ج٢ ص١٥١.

و(ب) الكاملية ص٨٥-٨٧، وقارن: مجمع الضمانات ص٢٤١.

و(ج) جنة الأحكام ورقة ١١/ظ.

و(د) المبسوط ج١١ ص٨٢، والبدائع ج٢ ص٥٣، وج٧ ص٢٦ و١٤٤-١٤٥، الهداية ج٧ ص١٣٨- فتح القدير ج٥ ص٣٠٦-٣٠٧، قاضي زاده ج٧ ص٤٣٥، جامع الفصولين ج١ ص١٥٦ و١٦١، العقود الدرية ج١ ص٢٥٢، مجمع الضمانات ص٦٧.

و(هـ) الخصاف ص١٨ و٣٥.

الفصل الثالث

المذهب الشافعي

٤٠٦- تمهيد:

المذهب الشافعي يتفق مع المذهب الحنفي في غلبة النزعة الموضوعية عليه، ويوافقه في أنه لا يفرق في الحكم بالنسبة للحالات الثلاث التي كنا نحددها، فإذا لم يكن لمن يتصرف لغيره، أو في ملك غيره ولاية علىٰ هذا التصرف، فسواء كان يقصد أن يجرىٰ التصرف لحساب الغير. أم كان يقصد أن يجريه لحساب نفسه، وسواء كان علىٰ وعي بأن لا حق له في التصرف أم كان يجهل ذلك، فإنه لا يحق له أن يرجع علىٰ الغير الذي استفاد من تصرفه بعوض هذا التصرف، وأما قصده فلا اعتبار به، فإن «العبرة بما في الواقع ونفس الأمر لا بما في ظن المكلف».

١ - قصد التصرف للغير

٤٠٧- إذا قضىٰ الشخص دين غيره، أو أنفق علىٰ ولده، أو سقىٰ نخله، أو رم بيته، فيفترض أنه قد تبرع بما خسره في ذلك من جهد أو مال، ولا يحق له أن يرجع به علىٰ من وقع التصرف له ما دام أنه قد تصرف لغيره ولم يكن له ولاية علىٰ التصرف له. يستوي في هذا القريب والأجنبي، ومن له أصل ولاية ومن ليس له، ومن يستفيد من التصرف، ومن لا يستفيد منه.

ويستوي أن يكون التصرف نفقة تستهلك في المال، أو يبقىٰ لها عين قائمة فيه.

وهذا مع ملاحظة أنه فيما له عين قائمة من آثار التصرف، إذا ادعىٰ أنه لم يقصد التبرع به، فإن له أن يرجع فيه، كما يرجع من تصرف لحساب نفسه، وفي الرأي المختار في المذهب أن هذا الحكم يمضي ولو نوىٰ التبرع ما لم يصرح به؛ لأن الأعيان الباقية لا تخرج عن ملكه إلا بلفظ ولم يوجد.

وافتراض التبرع بعد ذلك، حكم موضوعي ليس فيما يقبل العكس، فلو تبين عدم قصد التبرع بأن أشهد المتصرف علىٰ قصد الرجوع، أو لم يكن أهلًا للتبرع كالصغير والسفيه، لم يستحق مع ذلك الرجوع، وهذا إذا لم يصدر ممن وقع له التصرف قول أو فعل يمكن أن يحال عليه في الضمان، أما إذا وقع ذلك؛ مثل أن يستدعي الرشيد تصرفًا من غير الرشيد، فإنه يضمن عوض التصرف باعتبار أنه استوفىٰ منفعة غير الرشيد.

٤٠٨- نصوص:

أ- مختصر المزني، ج٢ ص٢٢٤:

ولو صالح عنه رجل يقر عنه بشيء، جاز الصلح، وليس للذي أعطىٰ عنه أن يرجع عليه؛ لأنه تطوع به.

الأم، ج٣ ص١٥٠:

وإن سأل الموضوع علىٰ يديه الرهن البائع أجر مثله، لم يكن له؛ لأنه كان متطوعًا بذلك، كان ممن يتطوع مثله أو لا يتطوع.

وفي ج٤ ص٩٣:

إذا أخذ له دابة ضالة، أو عبدًا فأنفق عليه، فهو متطوع، ولا يرجع بشيء، وإذا خاف هلاك الوديعة فحملها إلىٰ موضع آخر، فلا يرجع بالكراء علىٰ الوديعة؛ لأنه متطوع به.

حاشية الشرقاوي، ج٢ ص٩٩:

واعلم أنه لا أجرة لعمل بلا شرطها، وإن عرف ذلك العمل بها؛ **لعدم التزامها، مع صرف العامل منفعته.**

ب- ابن حجر، ج٣ ص١٥٦-١٥٨:

المستأجر إذا عمر في الوقف، هل يرجع بأنقاضه أو بدلها، أو يكون متبرعًا لا يرجع بشيء، وإن انهدم ما عمره **وتميزت أنقاضه؟** وجوابه أنه لا يرجع بشيء مما صرفه بغير إذن الناظر والحاكم الشرعي، وإن كان إنما عمره لامتناع الناظر من العمارة، نعم إن عدما أو غابا واضطر إلىٰ العمارة فعمر بنية الرجوع وأشهد علىٰ ذلك، يرجع فيما يظهر وحيث قلنا: لا رجوع له بما صرفه، فهل يدخل في ذلك **أعيان** ماله من خشب وحجر وإن انهدمت **وتميزت** ...؛ لما تقرر من أنه متبرع، أو هي باقية علىٰ ملكه، أو إن كانت مبنية في الوقف مختلطة بأنقاضه؟ المصرح به في كلامهم **الثاني**، وإن كان فبنية ما يدل للأول والفرق بين الأعيان وغيرها من المصاريف كأجر البنَّائين ونحوهم،

أن تلك الأُجَر **أخرجها من يده إلىٰ غيره آذنا لهم في إتلافها**، فلم يكن له رجوع بها عليهم بهذا الإذن، ولا علىٰ الوقف؛ لأنه كالمتبرع بها، وأما الأعيان الباقية فهي لا تخرج عن ملكه إلَّا بلفظ ولم يوجد . . .، إذا علمت ذلك علمت منه أنهم مطبقون علىٰ أن آلات العمارة لا تخرج عن ملك بانيها من ماله من غير أن يكون نائبًا في ذلك عن أحد إلَّا بلفظ، ولا تغني عن النية وحينئذٍ فالآلات لم تخرج عن ملك بانيها المتعدي ببنائها فلتكن باقية علىٰ ملكه، وإن **نوىٰ** بوضعها الوقف أو التبرع.

ج- الرملي، ج٣ ص٣٦٥:

للزوج الرجوع ببدل ما أنقضه عليها (زوجته) مدة نشوزها ظانًّا وجوب مؤنتها تلك المدة عليه إن كانت رشيدة، أو أنفق بإذن وليِّها.

حاشية الشرقاوي، ج٢ ص٨٥:

لو طلب زيد ماله [الوديعة] فدفع له عشرة دنانير من مال نفسه بدلًا عنه، كان متبرعًا، والدنانير الموجودة ملك لزيد، يجب عليه **دفعها** له أيضًا.

تقرير الذهبي، الموضع ذاته:

قوله: «كان متبرعًا» وهو ظاهر في العالم بالحكم دون الجاهل، إذا لم يدفع مجانًا في ظنه.

ابن حجر، ج٢ ص١٥٤:

تقابل المتبايعان ثم تبين فساد الإقالة إذا قلنا بالأصح أن الإقالة فسخ، فالذي يظهر أنه [البائع] **يرجع بالنفقة**؛ لأنه لم يوجد هنا عقد يقتضي أنه يضمن النفقة ولا يرجع بها، وإنما الذي هنا أنه بالإقالة ظن عودها لملكه الأصلي فأنفق عليها بهذا الظن الذي هو معذور فيه، فأثر له أن يرجع علىٰ المشتري بما أنفق ويشهد له ما جاء في «المهذب» في الكتابة: أن السيد لو أنفق علىٰ قِنِّه ثم بان ما يوجب عتقه، رجع عليه بما أنفق عليه؛ لأنه أنفق علىٰ أنه عبده فإن قلت: يمكن الفرق بأنه إنما رجع في مسألة «المهذب»؛ لأنه في باطن الأمر أنفق علىٰ حر، فلزم الحر ما أنفقه عليه؛ لأنه بأخذه النفقة من السيد **ملتزم لغرم**

بدلها له إذا بان أنها غير لازمة له، وأمَّا في مسألتنا السيد لم يأخذ من المنفق حتىٰ نقول: إنه بالأخذ ملتزم لغرم البدل، قلت: **لا أثر للفرق؛ فقد صرح** الأصحاب بما يبطله، حيث قالوا: تسقط نفقة الحامل المطلقة بائنًا بنفي الزوج الحمل، فإن استلحقه رجعت عليه بأجرة الإرضاع وبدل الإنفاق عليها قبل الوضع، وعلىٰ ولدها، وإن كان الإنفاق عليه بعد الإرضاع؛ لأنها أدت ذلك بظن وجوبه عليها، فإذا بان خلافه رجعت.

د- فتاوىٰ الرملي، ج٢ ص١٨٤:

لو أرضعت الأم ولدها قصدها الرجوع علىٰ الأب بذلك وأشهدت هل تستحق أجرة المثل علىٰ الأب، ويستثنىٰ من قولهم: «ولا أجر لمن بدون شرط عملًا» خصوصًا إذا كان محجورًا عليها ...؛ لأنها ليست من أهل التبرع فأجاب: بأن الراجح لا أجرة لها في مسألة الإرضاع علىٰ الأب، ولا رجوع لها بما أنفقته علىٰ ولدها من مالها **ولا فرق في ذلك بين الرشيدة وغيرها.**

ابن حجر، ج٣ ص١٥٢:

سئل عمن سلم بقرة لصغير أو كبير يرعاها ولم يسمِّ أجرة؟ فأجاب: إذا لم يسم أجرة لم يستحق الأجير أجرة؛ **لأنه** بذل منفعته لا في مقابل، ويظهر أن محله في الرشيد، وأن غيره تجب أجرته **مطلقًا؛ لأنه** ليس أهلا للتبرع بمنافعه[1].

---

(١) في (ب) ابن حجر ج٣ ص٢٤٦-٢٤٧، و٢٦٧.

و(جـ) الأم ج٤ ص١٣٢، وج٥ ص٢٢٠-٢٢١، ومختصر المزني ج٥ ص٨٠، والتحفة ج٨ ص٣٣٣، ابن حجر ج٤ ص٣٠، وقارن: الرافعي ج٨ ص٣٧٠، والمجموع ج٩ ص٣٧٠.

و(د) مغني المحتاج ج٢ ص٣٥٢، التحفة ج٦ ص١٦١، الشرقاوي والذهبي.

٢ - تصرف غير ذي الشبهة

٤٠٩- كما قدمنا، لا أثر لحسن النية أو سوئها في العلاقة بين المتصرف، ومن وقع لفائدته التصرف.

فكل فعل غير محترم في مال الغير -والفعل غير المحترم كل فعل لم يكن فاعله مسلطًا عليه من جهة الشرع أو صاحب المال- لا رجوع لفاعله بعوض علىٰ من استفاد منه، سواء كان المتصرف قريبًا أم أجنبيًّا، وسواء كان التصرف ضروريًّا لرب المال أم كان نافعًا له، أم كان مجرد أمر كمالي.

إذًا، فإن ما بذله من جهده أو ماله حين تصرف، سيضيع عليه، ويستثنىٰ من ذلك ما كان من آثار تصرفه عينًا قائمة، فإن ملكه يبقىٰ عليها لا يزول، فإذا بنىٰ الغاصب في الأرض المغصوبة مثلًا، فإن البناء يبقىٰ مملوكًا له، وإذا صبغ الثوب المغصوب في الصبغ في الثوب ملكًا له، وإذا خلط المغضوب بما لا يتميز منه كالزيت بالشيرج، فإن ما اختلط من ماله بالمال المغصوب يبقىٰ في ملكه.

ونتيجة هذا: أن له أن يفصل ملكه عن ملك غيره، ويأخذه متىٰ أمكن الفصل، وكان له فائدة من فصله، ولا يؤثر في ذلك أن يتضرر الغير بالفصل ما دام هذا سيغرم النقص.

وإن لم يستفد من فصله، بأن كان بالفصل يتلاشىٰ ويضيع، أو كانت العين التي وصلها بالمال هي أيضًا ملك لرب المال، فلا يملك الفصل، ولا يحق له الرجوع علىٰ رب المال الذي استفاد بتصرفه بشيء.

هذا، وإذا كان يملك فصل العين الباقية علىٰ ملكه، فإن صاحب المال الذي اتصلت بملكه لا يكون له حق في أن يتملكها عليه جبرًا بقيمتها، قيمتها متصلة وقائمة، أو منفصلة ومستحقة النزع؛ تطبيقًا للقاعدة العامة أنه لا يجوز التصرف علىٰ الغير بدون رضاه.

وهذا -كما نرىٰ- يختلف مع ما سبق في المذهبين المالكي والحنفي.

٤١٠- نصوص:

الأم، ج٣ ص٢٢٦:

قال الشافعي: وأصل ما يحدث الغاصب فيما اغتصب شيئان؛ أحدهما: عين موجودة تميز، وعين موجودة لا تميز، والثاني: أثر لا عين موجودة. فأما الأثر الذي ليس بعين موجودة فمثل الماشية يغصبها صغارًا، والرقيق يغصبهم صغارًا بهم مرض فيداويهم وتعظم نفقته عليهم حتىٰ يأتي صاحبهم، وقد أنفق عليهم أضعاف أثمانهم، وإنما [ذهب] ماله في أثر عليهم لا عين وكذلك الثوب يغسله ويكمده وكذلك الطين يغصبه فيبله بالماء، ثم يضربه لَبِنًا، فإنما هذا كله أثر ليس بعين من ماله وجد، فلا شيء له فيه؛ لأنه ليس بعين تتميز فيعطاه، ولا عين تزيد في قيمته، ولا هو موجود كالصبغ في الثوب فيكون شريكًا له، والعين الموجودة التي لا تتميز أن يغصب الرجل الثوب الذي قيمته عشرة دراهم ويصبغه بزعفران فتزيد قيمته خمسة، فيقال للغاصب: إن شئت أن تستخرج الزعفران علىٰ أنك ضامن لما نقص من الثوب، وإن شئت فأنت شريك في الثوب، لك ثلثه ولصاحب الثوب ثلثاه، ولا يكون له غير ذلك.

مغني المحتاج، ج٥ ص٢٩١:

ولو زوق الغاصب الدار المغصوبة بما **لا يحصل منه شيء بقلعه،** لم يجز له قلعه، إن رضي ببقائه المالك، وليس للمالك إجباره عليه.

التحفة، ج٦ ص٤٢:

وللغاصب قلعهما [البناء والغراس] وإن نقصت به الأرض أو رضي المالك بإبقائه بالأجرة، أو أراد تملكه.

الشرواني: الموضع ذاته:

وإن كانا [الغراس والبناء] لصاحب الأرض ورضي به المالك، امتنع علىٰ الغاصب قلعه.

المهذب، ج١ ص٧٠:

وإن غصب شيئًا فعمل فيه عملًا **زادت به قيمته**؛ بأن كان ثوبا فقصره، أو قطنا فغزله ردَّه علىٰ المالك؛ لأنه عين ماله، ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله؛ لأنه عمل **تبرع به** في ملك غيره فلم يشاركه ببدله.

وفي ص٣٧٢:

فإن زادت قيمتها [الثوب والصبغ] حدثت الزيادة في مِلكهما؛ لأنه بفعله زاد ماله ومال غيره، وما زاد في ملكه يملكه؛ لأنه حصل بعملٍ عمله بنفسه.

مغني المحتاج، ج٢ ص٢٧٢:

لو قطع غصنًا له ووصله بشجرة غيره، فثمرة الغصن لمالكه لا للمالك الشجرة، كما لو غرسه في أرض غيره.

الوجيز، ج١ ص٢١٢:

ولو بذل المالك قيمة الصبغ، لم يكن له أن يتملك عليه؛ فإن بيع الثوب للخلاص من الشركة سهل.

٣ - تصرف ذي الشبهة

٤١١- لا أثر -كما قدمنا- لحسن النية أو سُوئها في العلاقة بين المتصرف ومَن وقع التصرف لفائدته؛ فالعلاقة بينهما تحكم بما سبق في العلاقة بين المتصرف سيئ النية ومن وقع له التصرف، فحسن النية لا يجعل لهذا مركزًا خاصًا، ومن ثَم فلا يحق له أن يرجع علىٰ ما انتفع بتصرفه بعوض عن التصرف.

ولكن حسن النية يكون له أثر في العلاقة بين المتصرف ومن وصل المال من جهته إلىٰ المتصرف. ففيما إذا كان المال قد وصل إلىٰ المتصرف من جهة آخر بعقد كما في الشراء من غاصب المال، أو في الهبة من الغاصب، يرجع المتصرف -في حالات مخصوصة- علىٰ العاقد الذي وصل المال من جهته إليه، ويكون لحسن النية اعتبار في ذلك.

تفصيل هذا، أنه إذا كان المتصرف يعتقد -بسبب العقد- أنه يتصرف في المال -محل العقد- تصرفًا مسلطًا عليه، فإذا استحق المال من يده - وكان قد بذل فيه متصرفه جهده أو ماله، فإنه يستحق الرجوع علىٰ من كان معه، بالعوض من جهده أو ماله الذي سيضيع عليه. مثل هذا مثل ما سيغرمه لرب المال من منافع تلفت عنده بأمر سماوي، وقيمة الولد، ونقصان الجارية؛ والرجوع هنا -كما يفسره المذهب الشافعي- بسبب التغرير من العاقد، أو بعبارة أخرىٰ، بسبب العمل غير المشروع.

وقد سبق أن عرفنا أن المذهب الحنفي يفسر الرجوع علىٰ أنه نشأ عن التغرير من العاقد، ولكن لا باعتبار التغرير عملًا غير مشروع، وإنما باعتباره تضمن التزامًا إراديًّا بما يستحق الرجوع به.

والاختلاف في التفسير نتج عنه -فيما يبدو- اختلافٌ في الحكم؛ ذلك أن الرجوع يتم في المذهب الشافعي في عقود المعاوضة والتبرع علىٰ السواء؛ لأن الرجوع بسبب العمل غير المشروع، والعمل غير المشروع واقعة مادية، موجودة في عقد التبرع وعقد المعاوضة. أما في المذهب الحنفي؛ فلا يتم الرجوع إلا في عقود المعاوضة؛ لأن فيها يمكن وجود الالتزام الضمني بالتعويض.

قلنا: إنه يرجع بسبب التغرير، باعتباره عملًا غير مشروع، وبهذا الاعتبار فلا تأثير لحسن النية وسوئها أيضًا في العاقد؛ لأن العمل غير المشروع -في الغالب- لا تأثير لقصد من صدر منه فيه.

هذا، وبالنسبة للمذهب الشافعي، إذا وُجد سبب من المتصرف يجبُّ خطأ المتعاقد أو عمله غير المشروع، فإنه لا يحقُّ له أن يرجع عليه، ويكون هذا حين يلتزم الضمان، أو يدخل علىٰ الضمان وذلك يكون بالنسبة للعين، وأجزائها، فإذا ضمن قيمتها (العين أو الأجزاء) بالهلاك، إذا ضمنها للمستحق فإنه لا يرجع علىٰ من تعاقد معه؛ لأنه نفسه دخل علىٰ ضمان ما خسره. ومثل هذا نفقته علىٰ الحيوان، أو دفعه الخراج علىٰ الأرض، فإذا استحق الحيوان أو الأرض، لم يرجع بعوض عما دفع من نفقة أو خراج؛ لأن كل ذلك دخل علىٰ ضمانه.

وقد لا يدخل علىٰ الضمان، وإنما يحدث فعل منه يمكن الإحالة عليه في الضمان؛ كأن يستهلك المنفعة التي ضمنها، فلا يرجع بعوض عن ضمانه.

ومثل هذا أن يكون علىٰ علم بفساد العقد، وأن العاقد يبذل له شيئًا لا يملك بذله، فعله خطأ يجبُّ خطأ المتعاقد معه.

٤١٢- وما سبق يوضح أن المتصرف لا تتم له الحماية في كل حال، وأنه قد يتعرض للخسارة خسارة جهده وعمله، دون تعدٍّ منه ولا تفريط، ومن هنا حاول المذهب الشافعي أن تتم حمايته عن طريق الحيلة، فقيل: إن للمتعاقد الذي

يخشىٰ الرجوع عليه بدعوىٰ الاستحقاق أن يطلب ممن يتعاقد معه أن ينذر إن استحقَّ الشيء من يده، أن يعطيه كذا وكذا (عوضًا يؤمنه من الخسارة بسبب الاستحقاق). وقيل: إنه ينبغي بالإضافة إلىٰ هذا أن يحكم به قاضٍ من القضاة؛ خشية أن ترفع الدعوىٰ إلىٰ من يرىٰ بطلان النذر.

وقد أخذت هذه الحيلة صفة العادة في بعض البلاد الإسلامية.

ولكن الفقهاء الشافعيين لم يتقبلوها، ورأوا أن مثل هذا النذر إن وقع لن يفيد، باعتباره نذر لجاج، ونذر اللجاج يتخير الناذر فيه بين وفائه أو دفع كفَّارة يمين عنه.

٤١٣- نصوص:

أ- مختصر المزني، ج٣ ص٥٣:

والمخطئ في المال والعامد سواءٌ عند الشافعي، ألَا ترىٰ لو أن رجلًا اشترىٰ عرصة فبناها فاستحقها رجل أنه يأخذ عرصته ويهدم الباني بناءه ويقلعه في قول الشافعي فالعامد والمخطي في بناء ما لا يملك سواء.

المهذب، ج١ ص٣٧٣:

وإن غصب عينًا وباعها وقبضها المشتري وتصرف فيها، فللمالك أن يضمن المشتري؛ **لأنه قبض ما لم يكن له قبضه**، فصار **كغاصب** الغاصب.

ب- التحفة، ج٦ ص٥٢:

ويرجع [المشتري من الغاصب] بغرم ما تلف عنده من المنافع ونحوها؛ كثمر ونتاج وكسب **من غير استيفاء إذا** غرمه المالك مقابلها؛ لأنه **لم يتلفها**، **ولا التزم ضمانها بالعقد** ... وبأرش بنائه وغراسه إذا اشترىٰ أرضًا وبنىٰ فيها أو غرس، ثم بانت مستحقة للغير فلم يرضَ ببقاء ذلك فيها حتىٰ نقض في الأصح ...؛ لأنه غرَّه بالبيع، وإن جهل [البائع] الحال أيضًا؛ لأنه **مقصر** بعدم بحثه حتىٰ وقع في ذلك فرجع عليه بأرش ما حصل في ماله من النقص.

الوجيز، ج١ ص٢١٤:

ويضمن المشتري أجرة المنفعة التي فاتت تحت يده، ومهر المثل عند الوطء، وقيمة انعقاده حرًّا، ويرجع بذلك علىٰ الغاصب **مهما كان جاهلًا**.

وفي ص٢١٤:

وهل يرجع المشتري بمنفعة استوفاها؟ فيه قولا الغرور، ولو كان بنىٰ فقُلع بناؤه، فالأولىٰ أن يرجع بأرض النقص، **ولو تعيَّب** في يده نص الشافعي أنه يرجع؛ **لأن العقد لا يوجب ضمان الأجزاء** بخلاف الجملة.

المهذب، ج١ ص٣٧٣:

وإن لم يلتزم ضمانه [ما خسره] نظرت، فإن لم يحصل له في مقابله منفعة؛ كقيمة الولد، ونقصان الجارية بالولادة، رجع علىٰ الغاصب؛ لأنه غرَّه ودخل معه علىٰ أن لا يضمنه.

الأم، ج٦ ص٢٧١:

الأحكام علىٰ **الظاهر** . . . كل غار لزم المغرور بسببه غرم رجع عليه والغار علم أو لم يعلم يضمن للمغرور.

ج- التحفة، ج٦ ص٥٢:

ولو تلف المغصوب عند المشتري وغرمه، لم يرجع به وإن جهل؛ لأن المبيع بعد القبض من ضمانه، وإنما يرجع عليه بالثمن، وكذلك **لو تعيب** عنده في الأظهر **تسوية بين الجملة والأجزاء**، ولا يرجع بغرم منفعة استوفاها في **الأظهر**.

المهذب، ج١ ص٣٧٣:

فإن لم يعلم [المشتري من الغاصب بالغصب]، نظرت فيما ضمن، فإن التزم ضمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منها، لم يرجع علىٰ الغاصب؛ لأن الغاصب **لم يخبره** بل دخل معه علىٰ أن يضمنه، وإن حصلت له في مقابلة منفعة كالأجرة والمهر وأرش البكارة، ففيه قولان؛ أحدهما: يرجع به؛ لأنه غرَّه ولم

يدخل معه علىٰ أن يضمنه، والثاني: لا يرجع به؛ لأنه حصل له في مقابلته منفعة.

ابن حجر، ج٢ ص١٥٤:

إذا قلنا الإقالة فسخ يرجع [البائع] علىٰ المشتري بما أنفق . . .؛ لأنه ليس فيها عقد يقتضي أنه بدخوله فيه وطَّن نفسه علىٰ النفقة، وأنه لا يرجع بها.

د - وفي ج٤ ص٢٤٩:

سئل **في عادة اطَّردت** عند قضاة الحجاز، وهو أن المشتري إذا خاف من منازع آخر يقولون للبائع: قل: نذرت إن قام قائم شرعي علىٰ المشتري ينذر له بنظير ما قام به عليه، ومقصودهم إذا أخذت منه الأرض بوجه شرعي، يرجع المشتري بمثل ما أخذ من الأرض، ويحكم بذلك النذر حاكم البيع، من جهة الحكم هل يصح ذلك النذر أم لا؟ فأجاب النذر باطل، فلا يجوز الحكم به[1].

---

(١) في (د) المجموع، ج٨ ص٤٥٦، ابن حجر ج٤ ص٢٦٨ و٢٨٠، وفتاوىٰ الرملي ج٤ ص١٠٠.

الفصل الرابع

المذهب الحنبلي

٤١٤- تمهيد:

المذهب الحنبلي في صورته التي استقر عليها، لا يكاد يختلف عن المذهب الشافعي بالنسبة للتصرف الفعلي الذي يقع لفائدة الغير ممن ليس له الولاية عليه، فسواءٌ قصد المتصرف إجراء التصرف لحساب الغير أم لحساب نفسه، وسواء كان علىٰ وعي بعدم حقه في التصرف أم كان ذا شبهة يظن أنه بالتصرف يزاول حقًّا من حقوقه علىٰ ملكه؛ ففي هذه كلها لا يحق للمتصرف أن يرجع علىٰ الغير الذي استفاد من تصرفه.

٤١٥- أمَّا إمام المذهب نفسه؛ فقد وردت عنه نصوص تجعل لعمل المتصرف -حتىٰ لو كان متعديًا- قيمة محترمة يلتزم من وقع التصرف لمصلحته بتعويض المتصرف عنها، ومن هنا وجدت في داخل المذهب وجهة النظر مخالفة لما سبق أن قلنا: إن المذهب استقرَّ عليه، وكانت النصوص عن الإمام سند الفقهاء المخالفين للفكرة السائدة في المذهب، وقد برزت وجهة النظر المخالفة هذه بوضوح عند ابن تيمية، وتتلخص في أنه إذا اتصل عمل الإنسان بمال غيره بدون إذن الغير، فنتج عن ذلك قيمة مالية، فإنها تقسم بين العامل ورب المال، أو بين العمل ورأس المال[١].

ولكن هذه الفكرة لم يُكتب لها السيادة، واستمر الفقهاء الحنابلة بعد ابن تيمية، في طريق الفقه الحنبلي قبل ابن تيمية.

---

(١) القواعد النورانية، ص١٧٠، الاختيارات، ص٨٦، ابن رجب، ص١٥٤.

١ - قصد التصرف للغير

٤١٦- يمكن القول بأن كل تصرف لحساب الغير لم يكن المتصرف بولي عليه، فإنه يعتبر تبرعًا من المتصرف للمتصرف له، فلا يجب عليه التعويض عنه، وهذا الاعتبار - فرض لا يقبل العكس.

فالمذهب الحنبلي -كما نرىٰ- لا يختلف عن المذاهب الأخرىٰ التي تقدمت.

٤١٧- نصوص:

الشرح، ج٤ ص٤٧:

وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداوة والتأبير، لا يرجع **المرتهن** بها؛ سواءٌ أنفقها **محتسبًا** أو متبرعًا.

المغني، ج٥ ص٨٦:

إن قضىٰ الدين [عن غيره] متبرعًا غيرنا **والرجوع** فلا يرجع بشيء.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٧٠:

وإن عمل شخص -ولو المعد لأخذ أجرة علىٰ عمله- **لغيره** عملًا بلا إذن، أو بلا جُعل ممن عمل له، فلا شيء له؛ لتبرعه بعمله، حيث **بذله بلا عوض، ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلتزمه ولم تطب به نفسه.**

المغني، ج٦ ص٣٥٤:

ومن رد لقطة أو ضالة، أو عمل لغيره عملًا بغير جعل، لم يستحق

عوضًا، **لا نعلم في هذا خلافًا**؛ لأنه عمل يستحق به العوض مع المعاوضة، فلا يستحق **مع علمها** كالعمل في الإجارة.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٦٩:

ومن بلغه [الجعل] بعد إتمامه [العمل] لم يستحقه؛ **لأن** عمله قبل قبوله غير مأذون، فلا يستحق عنه عوضا؛ **لتبرعه**.

٢ - تصرف غير ذي الشبهة

٤١٨- لا حقَّ للغاصب ونحوه من كل من يتصرف في مال غيره بدون حق في أن يأخذ عوضًا عمَّا زاد في قيمة مال الغير بسبب تصرفه، فإذا لم يكن أثر تصرفه عينًا قائمة بالمال المتصرف فيه، فإن عمله يضيع عليه، أمَّا إذا كان عينًا قائمة؛ كزرع، أو بناء، وغراس، أو صبغ؛ فإنه يبقىٰ علىٰ ملك صاحبه (المتصرف).

ثم إن كان بقاؤه ملتصقًا بمال الغير له حد زمني ينتهي إليه كالزرع، فإن للغير الخيار بين أمرين:

أن يبقيه بأجرة مثله، وأن يتملكه علىٰ صاحبه.

ثم إذا تملكه، فقيل: إنه يتملكه بما أنفق عليه من قيمة بذر ومؤنة آلة، وأُجرة عمل. وهذا الرأي هو المذهب. وقيل: إنه يتملكه بقيمته يوم يتملكه، وهذا أقرب إلىٰ القياس إذا قلنا: إن الزرع يبقىٰ علىٰ ملك الزارع. ولهذا، اختار من يرىٰ أن مالك الأرض يتملكه بما أنفق فيه، أن الزارع لم يثبت له ملك عليه، وأن وجوب النفقة علىٰ مالك الأرض تعويض لعمل الزارع الذي استفاد مالك الأرض منه.

هذا، والقول بأن لرب الأرض تملك الزرع بنفقته من مفردات المذهب، وقد أخذ به استحسانًا، وكان سند المذهب في الأخذ به:

أولًا: النص من السنة؛ فقد روىٰ رافع ابن خديج عن النبي ﷺ: **«من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيءٌ وله نفقته»**.

ثانيًا: رعاية المصالح، وتعبر عن هذا نصوص إمام المذهب: «الزرع لا يستطاع قلعه إلا بفساد»، «الزرع إذا قُلع لا يُنتفع به».

ثالثًا: يرىٰ بعض الفقهاء الحنابلة، أنه يمكن قياسه علىٰ الولد حيث يتبع الأم، وكذلك الزرع يتبع الأرض، فيتخلق علىٰ ملك صاحب الأرض، ويجبر حق الزارع بإعطائه قيمة البذر ونفقة عمله؛ لأنها أشياء متقومة، لا يظلم بتضييعها عليه.

وإن كان بقاء العين ملتصقة بمال الغير ليس له حدٌّ زمني ينتهي إليه كالغراس والبناء، فإذا كان لصاحب العين غرض صحيح في نزعها فإنه يملك نزعها، كما يملك صاحب المال الذي اتصلت به إجباره علىٰ النزع، ويوافق المذهب الحنبلي المذهب الشافعي، ويختلفان مع المذهبين المالكي والحنفي في أنهما لا يعطيان صاحب المال حقَّ تملُّكِ العين المحدثة جبرًا علىٰ صاحبها، والسبب في ذلك أن ما يغرس أو يبنىٰ ملك صاحبه لا يزول عنه؛ لعدم وجود سبب يخرجه عن ملكه، والإنسان لا يجبر علىٰ التصرف في ماله بدون رضاه، فالمذهبان -الحنبلي والشافعي- يأخذان في هذا بالأصل والقياس.

وإذا لم يكن في نزع العين غرض صحيح لمن يريد النزع، أو لم يمكن نزعها، وذلك كالصبغ في الثوب أو السمن في الدقيق، وقد زادت به قيمة المال الأصلي؛ فإن المتصرف يكون شريكًا لربِّ المال بقَدْرِ ما زاد من ماله في قيمة المال الأصلي، وما دام شريكًا فتجري هنا أحكام شركة الأملاك.

٤١٩- وما سبق هو ما استقرَّ عليه المذهب، وقد وردت -كما سبقت الإشارة- نصوص عن الإمام أحمد تلزم المنتفع (من وقع لفائدته التصرف) بتعويض المفتقر (المتصرف) بقدر ما زاد في قيمة المال، كما في بعض الروايات، أو تعويضه بقدر ما أنفق فيه كما في رواية أخرىٰ، أو بالخيرة بين الأمرين كما في رواية ثالثة.

والفقهاء الحنابلة يأخذون بهذه النصوص أحيانًا، ويخرجون عليها هذا التطبيق أو ذاك، ولكن المذهب هو ما سبق تفصيله.

٤٢٠- نصوص:

أ- شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٠٦:

وإن أزال **غاصب أو غيره اسم . . . المغصوب** بعمله فيه؛ كنسج غزل وطحن حَب أو طبخه، ونجر خشب بابًا وضرب حديد مسامير أو سيفًا وجعل طين لَبِنًا أو آجرًا ردَّه، ولا شيء لعمله، **ولو زاد به، لتبرعه به** . . . وإن استأجر غاصب علىٰ عمل شيء مما تقدم، **فالأجر عليه.**

الكافي، ج٢، باب الغصب:

وإن عمل في المغصوب عملًا ردَّه؛ **لأنه عين ماله**، ولا شيء للغاصب؛ لأنه عمل في ملك غيره بغير إذنه، فلا يستحق شيئًا.

ب- الحارثي، باب الغصب:

عن أحمد، سُئل عن رجل زرع في أرض قوم بغير إذنهم؟ قال: له **نفقته**، والزرع لصاحب الأرض، قلت له: حديث النخل التي قلعت؟ قال: النخل غير هذا، النخل ينتفع به، وهذا إذا قلع لا ينتفع به عن علي بن سعيد قال [أحمد]، إن كان زرع ردّ رب الأرض قيمة الزرع، والزرع له؛ **لأن الزرع لا يُستطاع قلعُه إلَّا بفساد** . . .، وأما العوض ففيه **روايتان** . . . أمَّا إحداهما: **فالنفقة**، وهي ما أنفق الغاصب في البذر وكلفه الحرث وغيره، **وهو المذهب** وعليه متقدِّموا الأصحاب وأمَّا الثانية: فقيمة الزرع وهذا اختيار القاضي والأول الصحيح؛ لدلالة الأخبار الصريحة عليه. **وأما القيمة فتستدعي ملكية الغاصب للزرع**؛ لأن القِيَم أعواض، واستحقاق العوض مستلزم لاستحقاق المعوض **علىٰ أنهم صرَّحوا بالملك له وبنوا عليه** ما ذكرنا من وجوب الأجر إلىٰ حين التسليم، ولا شك أنَّ مِلكَه باطل؛ يقول النبي ﷺ: «**فليس له من الزرع شيء**» . . . وأمَّا [لفظ القيمة] فإن ثبت فالمراد بالقيمة التقدير أي يرد عليه قدر نفقته والقول بالتخيير لا أعلم له وجهًا . . .، وإن كان **عمل بنفسه** احتمل أن لا شيء له في مقابلته؛ لأن الواجب النفقة

ولا يصح اعتباره بالنفقة؛ لأن تفويتها عليه مع تفويت الزرع أشد ضررًا، واحتمل أن تجب الأجرة؛ لأن العمل **متقوم** استهلك لمصلحة الزرع، فوجب رد عوضه ولأنه لم يصدر مجانًا، إنما صدر لأن يحصل له أثره، فإذا حصل لغيره وجب له البدل كما في غيره . . .، قال القاضي وجمهور أصحابه ومن تلاهم: المالك مخيَّر بين أخذ الزرع وبين تركه للغاصب إلىٰ الحصاد **بأجرته** . . . والظاهر كلام مَن تقدَّم عدم التخيير وهذا بعينه هو المتواتر عن أحمد وذلك هو الصواب، **لا يجبر الغاصب علىٰ قلع الزرع** . . .؛ لما فيه من إضاعة المال، ومن المصلحة الجمع بين الحقَّين رد المغصوب بأجرته علىٰ قرب من الزمان، وصيانة مال الغاصب.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٠٢:

ويخير رب الأرض بين ترك الزرع في أرضه إلىٰ الحصاد بأجرة مثله، أو تملكه **بنفقته**..؛ لحديث رافع بن خديج مرفوعًا قال أحمد: إنما ذهب إلىٰ هذا الحكم **استحسانًا**، علىٰ خلاف القياس، ولأن في كل من تبقيته بأجرته وتملكه بنفقته تحصيلًا لغرض رب الأرض.

الإنصاف، ج٦ ص١٣١-١٣٣:

وإن أدركها ربها والزرع قائم، خُيِّر بين تركه إلىٰ الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه، **هذا الصحيح من المذهب** ... وعليه جماهير الأصحاب وهو من **مفردات المذهب** ... والرواية الثانية: يأخذه بقيمته زرعًا الآن قلت: والنفس تميل إليه وعنه **رواية** ثالثة: يأخذه بأيِّهما شاء، نقلها هنا.

ابن رجب، ص١٥٢:

والمعتمد عند الأصحاب في المسألة [مسألة الزرع] حديث رافع قال: [أحمد:] هو شيء **لا يوافق القياس**، وفرق بين زرع الغاصب وغرسه بأن الزرع يتلف بالقلع، فقلعُه فساد، بخلاف الغرس. ومن الأصحاب مَن **قرَّر موافقته للقياس** بأن التولد بين أبوين مملوكين يكون ملكًا لمالك الأم مع كونه مخلوقًا من مائهما وبطون الأمهات بمنزلة الأرض، وماء الفحول بمنزلة

البذر . . . وسر ذلك أن الحيوان ينعقد من الماءين، ثم يتغذي من دم المرأة، فأكثر أجزائه مخلوقة من الأم، فكذلك البذر ينحل في الأرض وينعقد الزرع من التربة والحبة، ثم يتغذي من الأرض ومائها وهوائها فتصير أكثر أجزائه من الأرض وجبر حق صاحب البذر بإعطائه قيمة بذره ونفقة عمله **حيث كان متقومًا**، بخلاف ما يخلق من الولد؛ فإنه لا قيمة له وهذا مطَّرد **في جميع المتولدات بين شيئين في الحيوان والنبات والمعدن . . .**

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٠٢:

ورطبة ونحوها مما يتكرر حمله كقثاء وباميا، كزرع

ج- شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤٠٢:

وإن غرس غاصب أرض فيها أو بنىٰ، أخذ بقلع غراسه أو بنائه حتىٰ لو كان الغاصب **أحد الشريكين** في الأرض، **أو لم يغصبها** لكن فعله بغير إذن للتعدي. **ولا يملك رب الأرض أخذ . . الغراس والبناء بقيمته؛** لأنه عين مال الغاصب، أشبه ما لو وضع فيها أثاثًا أو نحوه، ولأنه معاوضة فلا يجبر عليها المالك. وقال **المجد** في شرح الهداية: ولصاحب الأرض تملُّكُ البناء والغراس بقيمته مقلوعًا إذا كانت الأرض تنقص بقلعه.

الحارثي: باب الغصب:

لنا: أنه محض معاوضة، فلم يجبر [الغاصب] عليها؛ عملًا بقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩] وقياسًا علىٰ سائر المعاوضات.

الإنصاف، ج٦ ص١٣٦:

جصَّص الدار وزوَّقها، فحكمها كالبناء. قاله في الكافي.

د- شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤١١:

وإن غصب ثوبًا فصبغه، أو سويقًا فلته بزيت إن زادت قيمتهما معًا، فرَبُّ الثوب والصبغ أو الزيت والسويق شريكان **بقدر ماليْهما . . .**؛

لاجتماع مِلكِهما، وهو يقتضي الاشتراك، وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه؛ أي الذي غلا سعره من الثوب والصبغ؛ لأنها تبع لأصلها وإن كانت الزيادة بالعمل، فبينهما؛ لأن عمل الغاصب في المغصوب لمالكه، حيث كان أثرا وزيادة مال الغاصب له **وإن بذل أحدهما للآخر قيمة ماله، لم يجبر علىٰ قبولها**؛ لأنها معاوضة.

الحارثي، الغصب:

والقول بالشركة [في صبغ الغاصب]، هو الذي دلَّ عليه إطلاق النص . . .، والصواب -إن شاء الله- تخير المالك بين تملك الصبغ وبين الشركة.

هـ- ابن رجب، ص١٤٩:

غراس الغاصب وبناؤه، والمشهور عن أحمد أن للمالك قلعُه مجانًا، وعليه الأصحاب. وعنه رواية ثانية: لا يقلع، بل يتملك بالقيمة أيضًا نص عليها أحمد قال: يعجبني أن يغرم البناء ويغطىٰ؛ لأنه إن أخذ الغاصب بناءه أضرَّ برب الأرض في الخراب والهدم، ويكون أيضًا ذهاب مال الغاصب في الآجر والجص وعلىٰ هذه الرواية فلا يقلع إلا مضمونًا فلذلك يملك بالقيمة حيث لم يمكن القلع بدون ضرر.

الحارثي، باب الغصب:

وإن زادت القيمة [بالعمل في المغصوب] فأوجه ثلاثة؛ أحدها: الزيادة للمالك مجانًا، قال ابن عقيل: هو أقيس بأصولنا . . .؛ لأنه أثر فعل عدواني فكانت للمالك والثاني: هي للغاصب، وهو معنىٰ أنه شريك بالزيادة قال أبو الخطاب: هو الصحيح من المذهب والثالث: الزيادة للمالك، وعليه **نفقة الصنعة**، وهذا ما قاله ابن أبي موسىٰ، والشيخ أبو الفرج الشيرازي؛ لأن الزيادة حصلت بكسب الغير ومؤنته، فوجب علىٰ آخذها بذلُ مؤنتها كالنفقة في زرع الغاصب، وأيضًا فالنفقة **عين مال** فلم يجز إلغاؤها كصبغ الثوب، فعلىٰ هذا إن عمل ولم يستأجر فلا شيء له.

الإنصاف، ج٦ ص١٤٥:

وإن غصب ثوبًا فقصره، أو غزلًا فنسجه عن [أحمد]: يكون شريكًا بالزيادة، اختاره الشيخ تقي الدين، قاله في الفائق، قال -في الهداية والمستوعب-: الصحيح من المذهب إن زادت القيمة بذلك فالغاصب شريك المالك بالزيادة. (انتهىٰ)، وقدمه في الخلاصة والرعايتين والحاوي الصغير وناظم المفردات، وقال: رجحه الأكثر في الخلاف. (انتهىٰ)، واختاره القاضي في الجامع الصغير، والقاضي يعقوب وابن عقيل في التذكرة، وأبو الحسن بن بكروس، وقيل: للغاصب أجرة عمله فقط، إذا كانت الزيادة مثلها فصاعدًا، أومأ إليه ابن أبي موسىٰ.

وفي ص١٤٤:

ولو غصب جارحًا فصاد به، أو شبكة، أو شركًا فأمسك شيئًا أو فرسًا فصاد عليه، أو غنم فهو لمالكه وقيل: هو للغاصب قال الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ اللَّهُ: يتوجه فيما إذا غصب فرسًا وكسب عليه مالًا، أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة علىٰ قدر نفعهما بأن تقوَّم منفعة الراكب ومنفعة الفرس، ثم يقسم الصيد بينهما.

٣ - تصرف ذي الشبهة

٤٢١- إذا كان المتصرف يجهل عدم ولايته علىٰ التصرف في مال الغير؛ بأن كان يعتقد أنه يملك المال الذي يتصرف فيه؛ لأنه اشتراه ممن يراه مالكًا أو ورثه منه مثلًا، فإن علاقة هذا المتصرف بصاحب المال الحقيقي الذي انتفع بتصرفه، تحكمها القواعد التي أسلفناها، والتي تحكم علاقة المتصرف سيئ النية بمن وقع لفائدته التصرف

وتطبيقًا لهذا، فكلُّ الأيدي التي تترتب علىٰ يد الغاصب أو سيئ النية، كيَدِ من يشتري منه أو يرث أو يتَّهب، أو يستودع، أو يستأجر أو يستعير أو يغصب، حكمُها في العلاقة بين أصحابها ورب المال الحقيقي هو حكم اليد التي ترتبت هذه الأيدي عليها.

وقد سبق أن عرَّفنا أن الغاصب عملُه غيرُ محترَم، فقيمته بالنسبة لمن انتفع بها مهدرة، وكذلك هنا، فلا حق للمتصرف في الرجوع علىٰ من استفاد بتصرفه، إلا حقه في استرداد عين قائمة له يمكن استردادها أو المشاركة بعين قائمة لا يمكن استردادها.

إلا أنَّ لهذا المتصرف مركزًا خاصًا في علاقته بمن وصل المال إليه من جهته؛ إذ يكون له أن يرجع عليه بعوض ما تكبَّدَه من خسارة، ويكون لهذا الرجوع محلٌّ إذا كان تكبد الخسارة بسبب تغرير من وصل المال من جهته إليه، ولم يكن دخل معه، علىٰ أن يتحمل هذه الخسارة. وسبق أن رأينا مثل هذا

الحكم في المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي هنا أيضًا، يفسر الرجوع بأنه رجوع ناشئ عن العمل غير المشروع أو الفعل الضار (تغرير المتعاقد الذي وصل المال من جهته إليه).

وما دام أن سبب الرجوع هو العمل غير المشروع (التغرير)، فينتفي كلما صدر من المتصرف نفسه ما يجبُّ هذا العمل غير المشروع.

فإذا كان يعلم أثناء العقد مثلًا أن لا حق للعاقد في المال، وأنه يملكه ما لا يملك، لم يكن له أن يرجع بعوض عليه عمَّا خسره بسبب تصرفه، ومثل هذا أن يدخل علىٰ ضمان الخسارة، فلا يرجع بعوضها بعد أن تحملها، فالمشتري من الغاصب والقابض منه لمصلحته الخاصة كالمقترض والمستعير، يدخلون -بالعقد-

علىٰ ضمان العين، فإذا استحقت وقد تلفت فضمنوها لمالكها، لم يرجعوا علىٰ من وصلت إليهم من جهته كالبائع والمقرض والمعير، ولكنهم لم يدخلوا علىٰ ضمان المنفعة، فإذا ضمنوها رجعوا بما ضمنوا عليه.

وبالعكس، فالمستأجر دخل علىٰ ضمان المنفعة، فإذا ضمنها لم يرجع علىٰ المؤجر، ولم يدخل علىٰ ضمان العين، فإذا ضمنها لربها رجع علىٰ المؤجر.

ومن يتملك من العاقد بغير عوض، كالموهوب له، ومن يقبض لمصلحة الدافع كالمودع، أو لمصلحته ومصلحة الدافع كالشريك والمضارب والمرتهن، لم يدخلوا علىٰ ضمان عين ولا منفعة، فإذا ضمنوها، رجعوا بما ضمنوا علىٰ العاقد (الواهب والمودع إلخ).

وإذا كان المشتري من الغاصب تصرف في المغصوب (المبيع) بنىٰ أو غرس، فإن للمستحق أن يقلع بناءه وغراسه، كما له أن يقلع بناء وغراس الغاصب. فإذا فعل ذلك، فإن للمشتري (المتصرف) الرجوع علىٰ الغاصب بأرش ما بين بنائه مقلوعًا وما خسره عليه من ثمن مواد تالفة، وأجرة عمل ونحو ذلك.

ومثل هذا إذا عمل في المغصوب عملًا اقتضاه، بذل جهده أو ماله فيه، ولم يكن له عين قائمة؛ فإنه لا يستحق عوضًا عن هذا العمل علىٰ المالك الحقيقي، ولكن يرجع علىٰ الغاصب بعوض عمله الذي خسره.

٤٢٢- وما سبق تفصيله هو المذهب، وهو ما أخذ به الفقهاء المتأخرون من الحنابلة، وقد وردت نصوص عن الإمام أحمد تفيد التفريق في العلاقة بين المتصرف ورب المال التفريق بين حسن النية وسيئها، وتحكم هذه النصوص بأن تصرف حسن النية يكون محترمًا، فإذا كان غراسًا أو بناء، فلا يحق للمالك نزعُه؛ بل يتملكه بالقيمة مستحق البقاء، أو بمقدار ما أنفق فيه علىٰ اختلاف الروايات، ومثل الغراس والبناء آثار العمل التي ليس لها عين قائمة، فإنها لا تضيع علىٰ العامل ولكن يعوض عنها.

وقد أخذ بهذه النصوص كثرة من فقهاء الحنابلة، واعتبر بعضهم مدلولها هو المذهب.

ونلاحظ أن هذا الرأي يقرب مما سبق في المذهب المالكي.

٤٢٣- نصوص:

أ- شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤١٣:

وإن انتقلت عين مغصوبة عن يد غاصبها إلىٰ غير مالكها، **فالمنتقلة إليه بمنزلة الغاصب**، فلمالكها تضمينه العين والمنفعة الفائتة؛ لأنه إن علم الحال فغاصب، **وإن جهله فلعموم «علىٰ اليد»**، ولحصولها في يده بغير حق، فملك المالك تضمينه كما يملك تضمين الغاصب.

ب- ابن اللحام، ص٣٠٦-٣٠٧:

ملخص ما ترجم الأصحاب   أن ما التزم ضمانه بالعقد -كقيمة العين والأجزاء- لا يرجع به، وما لم يلتزم ضمانه ولم يحصل به نفع -كفداء الأولاد ونقص الولادة- يرجع به، وإن لم يلتزم ضمانه، لكن **حصل به منفعة** -كالمهر وأرش البكارة- ففي الرجوع به روايتان، **وربما اختلفوا في بعض المفردات بالنسبة** لبعض الأنواع. .، وأما **الهبة** فمقتضىٰ ما قالوه الرجوع **علىٰ الإطلاق** إلا ما حصل له به منفعة . . .، المشتري إذا ضمن **القيمة** لا رجوع له بالقيمة لالتزامه ضمانها، ولكن له الرجوع بالثمن الذي قبضه منه، وأورد علىٰ عدم الرجوع

بالقيمة أن المشتري لم يدخل معه علىٰ ضمان القيمة إذا تلفت، ومعلوم أنه لو لم يكن مغصوبًا لَمَا ضمن، فالغاصب مغرر، فوجب الرجوع عليه دفعًا للضرر، ومنشأ الجواب أن الضرر يندفع باسترداد الثمن، وإنما لم يدخل معه علىٰ ضمان القيمة؛ لأن الثمن تسلم للغاصب في ظنه، فلمَّا لم يسلم له لم يسلم للمشتري ما دخل عليه، ولكن زاد علىٰ الثمن [من القيمة]، لم يدخل علىٰ ضمانه، فوجب الرجوع له دفعًا للضرر، وهذا احتمال لصاحب التلخيص قلت: وإطلاق الأصحاب يقتضي لا رجوع بما زاد علىٰ الثمن، وفيه نظر . . .، هل يستقر الضمان علىٰ المباشر بإتلافه أم علىٰ الغار لتسببه إلىٰ تضمين من لم يلتزم الضمان؟ علىٰ وجهين.

غاية المنتهىٰ، ج٢ ص٢٤٢:

ويرجع **متملك غصب بعوض** -كقرض وشراء وهبة بعوض- إذا غرم علىٰ غاصب بنقص ولادة ومنفعة فائتة بإباق ونحوه، ومهر وأجرة نفع، وثمر وكسب وقيمة ولد وفي **إجارة** يرجع مستأجر غرم **بقيمة عين** . . . ويسترد متملك ومستأجر لم يقرَّا بالملك له ما دفعا من المسمىٰ، ولو علما الحال، **وفي تملك بلا عوض وعقد أمانة**، يرجع متملك وأمين غرما بقيمة عين ومنفعة.

شرح المنتهىٰ، ج٢ ص٤١٤:

ومع علم المستعير بغصب عارية، لا يرجع علىٰ غاصب بشيء مما ضمنه له مالك من قيمة عين ومنفعة، لتعدِّيه بقبضها عالـمًا بالحال، **فلا تغرير**، ووجود التلف تحت يده.

الحارثي، باب الغصب:

وإن باعها الغاصب فبناها المشتري **جاهلًا بالغصب**، فالحكم كما تقدم [في بناء الغاصب] وللمالك الرجوع علىٰ من شاء، فبتقدير الرجوع علىٰ الغاصب يرجع هو علىٰ المشتري بقيمة ما تلف لدخول المشتري علىٰ كونه مضمونًا عليه، وبتقدير الرجوع علىٰ المشتري يرجع علىٰ الغاصب **بنقص التأليف**، ولا يرجع بقيمة التالف.

شرح المنتهىٰ، ج٢ وفي ص٤١٧:

ومن اشترىٰ أرضًا فغرس فيها أو بنىٰ فخرجت مستحقة وقلع غراسه أو بناءه؛ لأنه وضع بغير حق، رجع علىٰ بائع **بما غرَّمه** من ثمن أَقْبَضَه وأُجرَةِ غارسٍ، وبان وثمن مؤن مستهلكة ونحوه؛ **لأنه** غرَّه ببيعه وأوهمه أنها ملكه.

وفي ص٣٤٦:

وإن بان الشجر مستحقًّا بعد عمل عامل فيه، فلربه أَخْذُه وثمره؛ لأنه عين ماله ولا شيء عليه للعامل؛ لأنه لم يأذنه، **وله أجرة مثله علىٰ الغاصب؛ لأنه** غرَّه واستعمله.

غاية المنتهىٰ، ج٢ ص٢٤٤:

[لا يرجع] بما أنفق علىٰ قِنٍّ وحيوان وخراج أرض؛ لأنه دخل في الشراء **ملتزمًا ذلك.**

ابن رجب، ص١٤٩:

إذا بنىٰ الوارث في الأرض الموصىٰ بها إن كان غير عالم بالوصية فبناؤه كبناء المشتري من الغاصب.

الإنصاف، ج٦ ص١٨٥:

لو بنىٰ فيما يظنه ملكه، جاز نقضه **لتفريطه،** ويرجع علىٰ مَن غرَّه.

ج- ابن رجب، ص٢١١:

[اليد] **القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع؛** كالشريك، والمضارب، والوكيل بجعل، والمرتهن، فالمشهور جواز تضمينها والثاني: لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل علىٰ ضمانه في جميع الأقسام، فإن **المنصوص** عن أحمد فيمن اشترىٰ أرضًا فغرس فيها ثم ظهرت مستحقة، **أنه لا يملك المستحق قلعه إلا مع ضمان نقصه،** كالغراس المحترم الصادر عن إذن المالك، **فجعل المضرور كالمأذون له،** فلا يضمن ابتداءً ما لم يلتزم ضمانه.

وفي ص١٤٨:

غرس المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالحال المنصوص عن أحمد أنه يتملك **بالقيمة** ولا يقلع مجانًا، نقله عنه حرب ويعقوب ابن بختان في رجل باع أرضًا من رجل، **فعمل** فيها وغرس ثم استحقها آخر - قال: يرد عليه **قيمة الغراس أو نفقته**، ليس هذا مثل من غرس في أرض غيره، وكذلك نقل عنه محمد بن أبي حرب الجرجاني عن أحمد فيمن اشترىٰ أرضًا فغرس فيها وعمل ثم استحقها آخر، أنه يرد عليه قيمة الغراس يوم يستحق، ليس هذا مثل الغراس في أرض غيره فيقلع غرسه، وحمل القاضي هذه النصوص علىٰ أن له القيمة علىٰ مَن غرَّه قال: فأمَّا المستحق للأرض، فلا ضمانَ عليه؛ لأنه لم يحصل منه إذن في ذلك، وهذا مخالف لمدلول هذه النصوص كما لا يخفىٰ، وكونه لم يحصل منه إذن لا ينفي كونَ الغراسِ محترمًا ولكن الذي ذكره ابن أبي موسىٰ والقاضي في المجرد **وتبعه عليه المتأخرون**، أن للمالك قَلْعَه مجانًا، ويرجع المشتري بالنقص علىٰ مَن غرَّه، **والصحيح الأول، ولا يثبت عن أحمد سواه.**

وفي ص١٥٤:

أن **يزرع** في أرض غيره بعقد ممن يظن أنه له ولاية العقد ثم تبين بخلافه؛ مثل أن تتبين الأرض مستحقة للغير، فالمنصوص أن لمالك الأرض تملكه **بالنفقة** ... نقله عنه [عن أحمد] الأثرم وإبراهيم بن الحارث ...، الشيخ تقي الدين جعل الزرع بين المالك والزارع نصفين بناءً علىٰ **أصله** في اتجار الغاصب بالمال، أن الربح بينه وبين المالك، وطرده أن يكون زرع الغاصب كذلك، ولكن لا تعلم به قائلًا، ثم وجدنا ابن أبي ليلىٰ يقول بذلك في زرع الغاصب وفي أجرة ما بناه في الأرض المغصوبة، وقد وافقه أحمد علىٰ أجرة البناء خاصة.

الفصل الخامس

المقارنة

الفرع الأول

مقارنة المذاهب الأربعة

٤٢٤- تمهيد:

لاحظنا أن المذاهب الأربعة علىٰ اختلافها، تفرّق بالنسبة للمتصرف الفعلي الذي يقع لفائدة الغير، تفرق بين أن يقصد المتصرف إجراء التصرف لحساب هذا الغير، وبين أن لا يقصد ذلك، وفي الحالة الأخيرة تفرق بين أن يكون المتصرف ذا شبهة في تصرفه، يعتقد بأنه يتصرف تصرفًا له الولاية عليه، وبين أن يكون غير ذي شبهة يعلم بأنه يتصرف بما لا ولاية له عليه، أو كان من الواجب عليه أن يعلم ذلك، والذي يهمنا في هذه المسائل طبيعة العلاقة بين المتصرف **المفتقر** وبين من وقع لفائدته التصرف [الفضولي][1].

والمسألة الأكثر أهمية في هذا، هي حق الأول في الرجوع علىٰ الثاني بعوض عن تصرفه. وإذًا فستكون المقارنة بين أحكام المذاهب المختلفة في هذه المسألة الأخيرة في الحالات الثلاث، ونلاحظ أن المتصرف في علاقته بالمتصرف له يكون أحيانًا ذا مركز ضعيف وهو يستحق الحماية لعدم خطئه، فتنشط المذاهب لحمايته، فنقارن بينها في كيفية هذه الحماية ومداها.

---

(١) كلمة غير واضحة في الأصل. (الناشر).

١ - المتصرف يقصد التصرف للغير

٤٢٥- تتفق المذاهب الأربعة علىٰ أن المتصرف حين يقصد إجراء التصرف لفائدة الغير، ولا يكون له ولاية علىٰ هذا التصرف، أنه يفترض متبرعًا، ولا يستحق الرجوع علىٰ المتصرف، المستفيد من التصرف.

٢ - المتصرف يقصد المتصرف لنفسه وهو غير ذي شبهة

٤٢٦- تتفق المذاهب الأربعة علىٰ أن الشخص حين يتصرف في ملك غيره تصرفًا نافعًا، وهو غير ذي شبهة، بأن كان يعلم بأنه يتصرف في ملك الغير، أنه لا حقَّ له في الرجوع علىٰ المالك الذي انتفع بتصرفه، والنصوص في المذاهب المختلفة تعلِّل عدم الرجوع بافتراض التبرع، ولكنَّها لا تقصد إن علم الرجوع، يؤسس علىٰ التصرف الإرادي الضمني، حيث ينتفي الحكم بانتفاء السبب الذي أسس عليه؛ ففي جميع المذاهب لا يثبت الرجوع بثبوت الإرادة العكسية للإرادة الضمنية، ولا يثبت الرجوع لو صدر ممن لا يصح منه التصرف الإرادي كناقص الأهلية.

٤٢٧- وتتفق المذاهب علىٰ أنه إذا كان الموجود بالتصرف عينًا قائمة، أنه لا يزول عنها ملك صاحبها.

ثم تختلف المذاهب بعد ذلك؛ ففي المذهبين المالكي والحنفي يكون لمالك المال الذي اتصلت هذه العين به أن يتملكها علىٰ المتصرف غير ذي الشبهة بقيمتها مستحقة النزع، أما في المذهبين الشافعي والحنبلي فليس له هذا الحق.

وإذا كانت العين القائمة تتلاشىٰ بالنزع، فإنه لا يكون لمحدثها نزعُها، ويتملكها من اتصلت بماله بدون شيء، وتستثني المذاهب الأربعة من ذلك الصبغ؛ فإن ربه يكون شريكًا لرب المصبوغ بما زاد في المصبوغ من القيمة

بسببه، علىٰ أن هناك رأيًا في المذهب المالكي يجعل القاعدة عامة التطبيق، فلا يستثنىٰ الصبغ.

وبالنسبة للعين القائمة؛ لا فرق بين أن تكون بناء، أو غراسًا، أو زرعًا في المذاهب الثلاثة، ويشذ المذهب الحنبلي؛ حيث يرىٰ أن الزرع يختلف عن البناء والغراس في الطبيعة، فيجب أن يختلف في الحكم، وهو فيه يجعل لمالك الأرض الذي زرع فيها غيره دون حق أن يتملك الزرع بعوضه (قيمته أو نفقته علىٰ الخلاف)، وبين أن يبقيه لحظ الزارع بأجرة المثل.

٤٢٨- وإذا لم يكن أثر التصرف عينًا قائمة وإنما هو جهد أو مال استهلك في مال الغير، فلا حق للمتصرف في الرجوع بعوضه علىٰ الغير، وإن كان قد استفاد منه. تتفق في ذلك المذاهب الأربعة، عدا أن في المذهب المالكي رأيًا هو الراجح فيه يحكم بأن التصرف إذا كان نفقة، فإن المتصرف يقاص به من الغلة التي يجب عليه ردُّها للمالك، وعدا أن هناك رأيًا في المذهب الحنبلي يحكم بأن التصرف النافع الذي تزيد به قيمة المال لا يضيع علىٰ صاحبه، فيجب علىٰ رب المال تعويضُه عنه بردِّ ما زاد في المال من القيمة بسببه، أو رد ما أنفق صاحبه فيه، علىٰ الخلاف.

النتيجة: أنه في جميع المذاهب لا رجوع للمتصرف غير ذي الشبهة بسبب تصرُّفِه، وإذا كان له أن يرجع في الحالات الخاصة، فذلك بسبب الالتزام الإرادي من الطرف الآخر.

٣ - المتصرف يقصد التصرف لنفسه وهو ذو شبهة

٤٢٩- تتفق المذاهب الثلاثة -الحنفي والشافعي والحنبلي- علىٰ أنَّ العلاقة بين المتصرف ذي الشبهة، ومن وقع لفائدته التصرف، تحكمها القواعد التي تحكم العلاقة بين المتصرف غير ذي الشبهة ومن وقع لفائدته التصرف علىٰ نحو ما أسلفنا.

ويخالف في هذا المذهب المالكي؛ حيث يرىٰ أن التصرف بالشبهة تصرف محترم، وأنه يثبت به شركة للمتصرف في المال موضوع التصرف يستطيع رب المال التخلص منها بتعويض المتصرف. والعوض في هذا قيمة ما يزيد في المال، أو ما افتقر به المتصرف علىٰ الخلاف.

وفي المذهب الحنبلي أيضًا رأي يوافق المذهب المالكي، ولكنه ليس المذهب.

٤ - حماية المتصرف ذي الشبهة

٤٣٠- في العلاقة بين المتصرف، ومن وقع له التصرف، لا تفرق المذاهب الثلاثة -الحنفي والشافعي والحنبلي- بين المتصرف ذي الشبهة والمتصرف غير ذي الشبهة، ونتيجة هذا الحكم أن يضيع علىٰ المتصرف ما بذل من جهد أو عمل استفاد منه الغير، فيما عدا حصوله علىٰ عوض مواده الباقية مستحقة الإزالة.

ولما كان القانون سيتعرض لهذه الخسارة غير ملوم، فليس متعديًا ولا مقصرًا؛ فقد نشطت المذاهب الثلاثة لحمايته عن طريق إعطائه الحق في الرجوع بما يخسره علىٰ الشخص الذي وصل المال إلىٰ المتصرف من جهته.

٤٣١- وقد أسس المذهب الحنفي هذا الرجوع علىٰ أساس المسئولية العقدية، فمن يبيع أرضًا يضمن لمشتريها قرار ما يبني فيها، ومن يعطي الأرض مزارعة يضمن للمزارع بناء الزرع، فإذا استحقت الأرض في المسألتين ضمن البائع الأول قيمة البناء قائمًا، وضمن العاقد في الثانية قيمة الزرع نابتًا، ويهدم البناء ويقلع الزرع علىٰ حظهما.

وهذا الضمان يشبه ما يسمىٰ في الفقه الحديث بالضمان القانوني (garantie de droit) فلا يصح الاتفاق بين الطرفين علىٰ تعديله.

أما المذهبان الشافعي والحنبلي؛ فيؤسسان هذا الرجوع علىٰ أساس المسئولية التقصيرية، فإذا استحق محل العقد رجع المستحق منه علىٰ العاقد بما خسره مما لم يدخل في العقد علىٰ تحمله، فيرجع مثلًا بالنسبة لبنائه الذي قلع

بأرش ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا، وبالنسبة لمنافع المعقود عليه التي فاتت تحت يده ولم ينتفع بها، يرجع علىٰ العاقد بما غرمه عنها لرب المعقود عليه، والرجوع علىٰ العاقد مؤسس علىٰ فعله الضار، أو بعبارة أخرىٰ، علىٰ تقريره للمشتري، ولا تأثير لحسن نيته أو سوئها؛ لأن الفعل الضار في الفقه الإسلامي -في الغالب- لا تأثير للنية فيه، [. . .][1] سبب للضمان.

٤٣٢- وكما تختلف المذاهب في تفسير الرجوع وتأسيسه، تختلف في نطاق الرجوع وفي مداه، فبالنسبة للمذهب الحنفي العاقد، لا يضمن السلامة إلَّا في عقد المعاوضة، فإذا كان عقد تبرع لم يضمن السلامة، وبالتالي لا يكون للموهوب المستحق منه مثلًا أن يرجع علىٰ الواهب كما يرجع المشتري علىٰ البائع. وبالنسبة للمذهبين الشافعي والحنبلي، يرجع المستحق منه علىٰ العاقد؛ سواءٌ كان العقد عقد معاوضة أم عقد تبرع؛ لأن العاقد في كلٍّ منهما حصل منه التقرير سبب الضمان، ولكن فيما عدا هذا، وبالرغم من اختلاف وسيلتي الحماية في المذهب الحنفي، وفي المذهبين الشافعي والحنبلي اختلافهما في الطبيعة؛ ففي الواقع تتقارب المذاهب في مدىٰ حماية المتصرف ذي الشبهة، فمثلًا في المذهب الشافعي والحنبلي يرجع المستحق منه علىٰ العاقد معه بما غرمه عن المنفعة القائمة لرب المال، ولا يرجع بها في المذهب الحنفي، ولكنه أيضًا لن يغرمها لرب المال، وفي هذا المذهب لا يرجع بما ينفقه علىٰ الحيوان أو ما يدفعه من خراج الأرض؛ لأنه دخل علىٰ ضمانه فلم يضمن له العاقد الرجوع به، وكذلك في المذهبين الآخرين لا يرجع؛ لأنه وإن كان التغرير متحققًا، إلَّا أنَّ المستحق منه التزم ضمانه بدخوله في العقد، فألغىٰ أثر التغرير.

---

(١) كلمة غير واضحة في الأصل. (الناشر).

الفرع الثاني

مقارنة بالفقه العربي الحديث

٤٣٣- تمهيد:

سيكون موضوع المقارنة هنا أيضًا الحالات الثلاث التي كنّا نبحثها، فنبحث:

١- حالة المتصرف حين يتصرف وهو يقصد التصرف للغير.

٢- حين يتصرف لنفسه وهو سيئ النية، أو ما أسماه الفقه الإسلامي غير ذي الشبهة.

٣- وحين يتصرف لنفسه وهو حسن النية، أو -كما يسميه الفقه الإسلامي- ذو شبهة.

١ - المتصرف بقصد التصرف للغير

٤٣٤- في الفقه العربي الحديث:

إذا كان المتصرف يقصد بتصرفه الغير، وتوافرت لتصرفه شروط تصرف الفضولي التي أشارت إليها المادة ١٨٨ من التقنين المدني المصري، وما يقابلها في التقنينات العربية؛ فإنه يرجع علىٰ الغير الذي استفاد بتصرفه بدعوىٰ الفضولي، أمَّا إذا تخلف شرط من هذه الشروط، لم يكن ثمة محل لأعمال الأحكام المتعلقة بالفضالة، وتعين الرجوع إلىٰ المبدأ العام الذي تعتبر الفضالة تطبيقًا خاصًا له(١). وذلك مبدأ الإثراء بلا سبب، وهذا المبدأ هو ما تنص عليه المادة ١٧٩ من التقنين المدني المصري بقولها: «كل شخص ولو غير مميز، يثرىٰ دون سبب مشروع علىٰ حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عمَّا لحقه من خسارة»، ولهذه المادة ما يقابلها في التقنيات العربية الأخرىٰ(٢).

وإذا لم يمكن رجوع المتصرف بدعوىٰ الفضالة، فمتىٰ لم ينو التبرع بما خسره في تصرفه، فإنه لا يضيع عليه، ويلتزم المنتفع بتصرفه بتعويضه بأقل الأمرين؛ ما افتقر به المتصرف، وما أثرىٰ به المتصرف له.

أمَّا في الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه؛ فقد رأينا أن المتصرف يفترض تبرعه ولا يكون له أن يرجع بشيء.

---

(١) المذكرة التوضيحية المصرية، الأعمال التحضيرية ج٢ ص٤٧٠.

(٢) المواد ١٨٠/التقنين المدني السوري، و٢٤٣ من التقنين المدني العراقي و١٤٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني و٦٦ من تقنين الالتزامات والعقود المراكشي.

٢ - تصرف سيئ النية

٤٣٥- المصروفات:

تنص المادة ٩٨٠ من التقنين المدني المصري علىٰ أنه:

«١- علىٰ المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلىٰ الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

١- أما المصروفات النافعة؛ فيَسري في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥.

٢- فإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت، علىٰ أن يُعيد الشيء إلىٰ حالته الأولىٰ إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة».

وما تدل عليه المادة المذكورة تأخذ به التشريعات العربية؛ فالحكم في التشريع العربي الحديث أنه إذا كان تصرف النية في شكل مصروفات ضرورية، والمصروفات الضرورية هي ما تتلف العين بدونها، فيجب علىٰ المنتفع بها أن يرد علىٰ المتصرف عوضها؛ سواء كان هذا الأخير حسن النية أم سيئها[1].

أمَّا إذا كانت المصروفات كمالية؛ فإن المالك لا يجبر علىٰ ردِّها إلىٰ المتصرف، ولكن إذا اختار أن يستبقي ما استحدث من منشآت وجب عليه أن يدفع قيمتها مستحقة الإزالة. ولا فرق في هذا أيضًا بين حسن النية وسيئها، أما

(١) المذكرة التوضيحية المصرية- مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٥٢٤.

المصروفات النافعة فتفرق التشريعات العربية في شأنها بين المتصرف حسن النية وسيئها علىٰ ما سيأتي.

ومذهب الفقه الإسلامي يختلف عن الفقه العربي الحديث في هذا؛ فهي لا تبتدئ كما يبتدئ بالتفريق بين المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية، وإنما تفرق -علىٰ نحو ما أسلفنا- بين أن يكون أثر التصرف عينًا قائمة بمال الغير، وبين أن يكون كذلك، فإذا كان الثاني فإن المتصرف لا يرجع بأي عوض، أمَّا إذا كان الأولىٰ فالعين القائمة تبقىٰ علىٰ ملك المتصرف، ويكون في بعض المذاهب للغير الذي التصقت بملكه أن يتملكها بقيمتها مستحقة النزع، إذا كان نزعها ينشأ عنه ضرر ملكه.

٤٣٦- البناء والغراس:

تنص المادة ١/٩٢٤ من التقنين المدني المصري علىٰ أنه: «إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت علىٰ أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت علىٰ نفقة من أقامها، مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت».

وتنص المادة ٣/٨٩٠ من التقنين السوري، والمادة ٢١٧ من التقنين اللبناني علىٰ أنه:

«إذا كان هذا الغير [سيئ النية] قد بنىٰ أو غرس، فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس ما لم يفضل مالك الأرض إبقاءها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة مواد البناء والغراس قبل البناء والغرس، بعد حسم المصاريف التي تكبَّدها الغير فيما لو ألزم بقلعها.

وتنص المادة ١١١٩ من التقنين العراقي علىٰ أنه:

«إذا أحدث شخصٌ بناء، أو غراسًا، أو منشآت أخرىٰ بمواد من عنده علىٰ أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها، كان لهذا أن يطلب قَلْعَ المحدثات علىٰ نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضرًّا بالأرض، فله أن يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع».

وإذًا، فالتشريعات العربية توجب علىٰ مالك الأرض إذا اختار تملك المحدثات، أن يعوض محدثها، وهذا التعويض تحدده التشريعات: السوري واللبناني والعراقي، بقيمة المحدثات كمواد خام، والتشريع المصري يخيره بين أن يدفع هذه القيمة أو يدفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب اتصال هذه المنشآت بها.

والمذهبان المالكي والحنفي يتفقان مع التشريعات الأولىٰ في أنه يجعل لمالك الأرض الحق في تملك المنشآت المحدثة بقيمتها مستحقة النزع أما المذهب الشافعي والحنبلي؛ فلا يجعلان لصاحب الأرض الحق في تملك المنشآت المحدثة دون رضىٰ صاحبها.

وتفسير الحكم في الفقه العربي الحديث، أن الباني سيئ النية لا حقَّ له في البناء، بل يكون البناء لصاحب الأرض[١]، يملكه بالالتصاق بملكه[٢]، ووجب عليه دفع عوضه؛ تطبيقًا لقاعدة «الإثراء بلا سبب».

وتفسيره في الفقه الإسلامي، أن العين المحدثة باقية علىٰ ملك صاحبها، ولكن للغير الذي اتصلت بملكه أن يتملكها؛ تطبيقًا لقاعدة «التملك القهري»، ويجب عليه العوض عنها (قيمتها)، يلتزم به بإرادته المنفردة.

هذا، والمذهب المالكي يحكم بما صرحت به المادة ٨٩٠ من التقنين السوري (٢١٧ لبناني) من أنه يحسم من القيمة الواجبة المصاريف التي يتكبَّدها الغير فيما لو ألزم بنزعها.

---

(١) محمد كامل مرسي: الحقوق العينية الأصلية ج٣ فقرة: ٧٢.

(٢) حسن الذنون: الحقوق العينية الأصلية، ص٦٢٩، التقنين المدني السوري، المادة ٨٨٨.

٤٣٧- الزرع:

تنص المادة ١/٨٨٥ من التقنين المدني السوري والمادة ١/٢١٢ من التقنين اللبناني علىٰ أنه:

يصبح مالك الأرض مالكًا بطريقة الالتصاق للبذار الذي بذره الغير في أرضه، بشرط أن يدفع له قيمة البذر، غير أنه يحق له إذا شاء تركُ المحصولات لهذا الغير مقابل دفع أجرة المثل عن سنةٍ واحدة.

وتنص المادة ١١٢٤ من التقنين المدني العراقي علىٰ أنه:

إذا بذر أجنبي في أرض الغير بدون إذنه ونبت البذر، كان لمالك الأرض الخيار في أن يتملك البذر بمثله، أو أن يترك الأرض بيد الأجنبي حتىٰ الحصاة بأجرة المثل.

ومن بين المذاهب الإسلامية، يوافق المذهب الحنبلي التشريعات العربية في أنَّ مالك الأرض له الخيار بين أن يتملك الزرع بالعوض، وبين أن يُبقِيَه بأجر المثل، ولكن العوض في المذهب الحنبلي ليس قيمة البذر أو مثله فقط، وإنما هو قيمة الزرع قائمًا، أو ما أنفق عليه -فيدخل فيه قيمة البذر وأجر العمل- علىٰ اختلاف الآراء.

٣ - تصرف حسن النية

٤٣٨- المصروفات:

إذا كان تصرف حسن النية في شكل مصروفات ضرورية أنفقها علىٰ ملك الغير، أو مصروفات كمالية، فالحكم فيها ما أشارت إليه المادة ٩٨٠/١ و٣ من التقنين المصري، التي سبق إيرادها، فيرجع بعوض كل المصروفات الضرورية، ولا يرجع بشيء من المصروفات الكمالية، إلا أنها إذا كانت في شكل منشآت باقية، فللغير الذي اتَّصلت بملكه أن يستبقيها بدفع قيمتها مستحقة النزع إلىٰ محدثها، وهذا الحكم ليس خاصًا بالتشريع المصري، بل هو حكم التشريعات العربية الأخرىٰ.

وهنا أيضًا؛ يختلف الفقه الإسلامي مع التشريع العربي الحديث، فالفقه الإسلامي لا يفرِّق بين المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية، بل يفرق بين أن يكون أثر المصروفات عينًا قائمة فتبقىٰ علىٰ مِلك محدثها، ولصاحب الملك الذي اتَّصلت به أن يتملَّكها في المذهب الحنفي، ولا يكون له ذلك في المذهبين الشافعي والحنبلي.

والمذهب المالكي هو أيضًا لا يفرق بين المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية، بل يحكم بأنه يجب التعويض عنها جميعها؛ سواءٌ كان لها عين قائمة أم كان لها أثر زادت به قيمة الشيء، ولا يُستثنىٰ من ذلك إلَّا ما كان سَرَفًا،

والسرف من المصروفات هو غير الكمالي، والعلة في استثناء السرف، أنه غير محترم؛ لأنه منهي عنه.

٤٣٩- البناء والغراس:

تنص المادة ٩٢٥ من التقنين المصري علىٰ أنه:

«١- إذا كان من أقام المنشآت يعتقد بحُسن نيَّة أن له الحق في إقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخيَّر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو أن يدفع مبلغًا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نَزْعَها.

٢- إلَّا أنَّه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدًّا من الجسامة يُرهِق صاحب الأرض، أن يؤدي ما هو مستحَق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظيرَ تعويضٍ عادل».

وتنص المادة ٨٨٩ من التقنين السوري والمادة ٢١٦ من التقنين اللبناني علىٰ أنه:

«إذا كان الغير الذي شيَّد الأبنية، أو غرس الأغراس ذا نية حسنة فلا يُجبَر علىٰ نزع الأبنية التي بناها، ولا الأغراس التي غرسها، ويدفع له تعويضًا عن التحسين الذي حصل للأرض بسبب هذه الأبنية والأغراس.

وإذا كانت الأبنية والأغراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض، فلصاحب الأغراس والأبنية الحق في أن يتملك الأرض المبني عليها، أو المغروسة، لقاء دفع قيمة رقبتها للمالك».

وتنص المادة ١١٢٠ من التقنين العراقي علىٰ أنه:

«إذا أحدث شخص بناءً، أو غراسًا، أو منشآت أخرىٰ بمواد من عنده علىٰ أرض مملوكه لغيره، بزعم سبب شرعي، فإن كانت قيمة المحدثات أكثر من قيمة الأرض، كان للمُحدِث أن يتملَّك الأرض بثمن مثلها، وإذا كانت قيمة الأرض لا تقلُّ عن قيمة المحدثات، كان لصاحب الأرض أن يتملَّكها بقيمتها قائمة».

والتقنينات العربية توجب علىٰ المنتفع ببناء الغير وغراسه، أن يعوضه عن هذا البناء والغراس؛ تطبيقًا لمبدأ الإثراء بلا سبب، وإن كانت تختلف في تعيين العوض فهو قيمة البناء والغراس قائمين في التقنين العراقي، وهو عوض ما زاد في قيمة العين في التقنين السوري، وهو أحد أمرين: ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء والغراس - ومقدار النفقات التي صرفها الباني أو الغارس[1].

أمَّا في الشريعة الإسلامية في المذاهب الثلاثة: الحنفي والشافعي والحنبلي، فلا يجب علىٰ مالك الأرض تعويض الباني والغارس، ولو كان ذا شبهة أو حسن النية؛ ففي جميع المذاهب يبقىٰ البناء والغراس علىٰ مِلك الباني والغارس. وفي المذهب الحنفي خاصة لمالك الأرض أن يتملَّك البناء والغراس علىٰ صاحبيهما بقيمتيهما مستحقي القلع إذا كان نزعُها ينشأ عنه ضرر يصيب الأرض، وهو حين يتملك البناء والغراس يلتزم بعوضها بإرادته المنفردة كما في أحوال «التملك القهري».

أمَّا المذهب المالكي؛ فهو مثل التشريعات العربية، يرىٰ أن يكون العوض قيمة البناء والغراس مستحق البقاء. وفي رأي: فيه العوض ما أنفق في البناء والغراس.

٤٣٩م- وفي التقنينات العربية، يتملك رب البناء والغراس الأرض في حالات خاصة. ويختلف المعيار في ذلك بين التقنينات العربية، فهو في التقنين المصري معيار شخصي[2] بأن تكون المنشآت قد بلغت حدًّا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحَق عليها، وهو في التقنينات الأخرىٰ معيار مادي بأن تكون قيمة المنشآت أكثر من قيمة الأرض. وفي التقنين المصري الخيار في تمليك رب البناء والغراس لرب الأرض، وهو في التقنيات الأخرىٰ لرب البناء والغراس. ومن هنا نرىٰ أثر المجلة في هذه التقنينات الأخيرة؛ فهي تنص في المادة ٩٠٦ علىٰ أنه «. . . لو كانت قيمة الأشجار والبناء أزيد من قيمة

---

(١) محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، ج٣ فقرة ٨٨.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٦ ص٣٢٢.

الأرض، وكان أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي، كان حينئذٍ لصاحب الأشجار والبناء أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها».

وحكم المجلة هذا هو رأي الكرخي من الحنفية، علىٰ أنه يرىٰ تطبيقه، سواءٌ كان الباني والغارس حسن النية، قد غرس أو بنىٰ بزعم سبب شرعي -كما تقول المجلة- أو لم يكن كذلك -وقد أخذ بهذا الرأي بعض الفقهاء الأحناف، لكن يبدو أنه ليس المذهب(١).

٤٣٩م- هذا، وفي الفقه العربي دفع مالك الأرض قيمة البناء والغراس، ليس مجرد مكنة له، وإنما هو التزام فرضه القانون، فليس له أن يطلب الاحتفاظ بملكية الأرض مع ترك البناء للباني(٢)، والباني له دائمًا أن يلزم المالك بدفع التعويض عن الأدوات(٣)

وفي الفقه الإسلامي تملك صاحب الأرض للبناء والغراس مجرد مكنة له، وهو إذ يتملك يتصرف بإرادته الحرة.

---

(١) جامع الفصولين [. . . بياض في الأصل (الناشر)]، الحصكفي ج٢ ص٣٢٥، ابن عابدين ج٥ ص١٦٨ و١٧٠.

(٢) محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية ج٣ فقرة ٨٩.

(٣) المصدر ذاته: فقرة ٨٨.

٤ - النتيجة

٤٤٠- في الفقه العربي الحديث، رد المثري علىٰ حساب الغير أقل القيمتين: ما أثرىٰ به، وما افتقر به الغير، قاعدة عامة التطبيق تشمل كل من يتصرف فينتج عن تصرفه فائدة لغيره. وقد يعدل القانون حكم هذه القاعدة، ولكي تبقىٰ الفكرة التي تقوم عليها. ولذا، فحين يلتزم من وقع لفائدته التصرف بتعويض المتصرف، فمصدر التزامه واقعة قانونية.

أمَّا في الفقه الإسلامي؛ فلا يوجد مثيل لهذه القاعدة، وقد كنَّا نفسر التزام من وقع له التصرف بتعويض المتصرف، بأن الأول يلتزم بذلك بإرادته؛ تطبيقًا لفكرة التملك القهري، أو التصرف علىٰ الغير، فمصدر التزامه تصرف قانوني (acte juridique) أو هو علىٰ الأقل واقعة مركبة[1] (complexe).

---

(١) يقول الأستاذ السنهوري: يمكن تمييز طائفة من الوقائع القانونية تسميتها بالوقائع المركبة فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانوني كانت مركبة (complexe) مثل ذلك الشفعة، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار، وهذه واقعة مادية، بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا عمل قانوني. (الوسيط ج١ ص١٣٣ «بالهامش»)